

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

En Madrid, a 8 de enero de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Xpert Unidad Técnica de Protección Radiológica S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 20 de noviembre de 2019, por la que se admite a la licitación a la empresa SGS Tecnos, S.A., para la contratación del “Servicio de Asistencia Técnica para la Medición y Evaluación Higiénica de los Niveles de Exposición a Gas Radón mediante Dosimetría Personal y Muestras Fijas en Puestos y Lugares de Trabajo del Canal de Isabel II” número de expediente 174/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 17 de julio de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 110.150 euros y su duración será de

cuatro años.

Segundo.- El 4 de diciembre de 2019, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Xpert Unidad Técnica de Protección Radiológica S.L. (en adelante Xpert), en el que solicita la nulidad del Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se admite a la licitación a la empresa SGS Tecnos, S.A. (en adelante SGS).

El 13 de diciembre de 2019, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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).

Tercero.- Con fecha 18 de diciembre de 2019, por parte de la Secretaría de este Tribunal se concedió plazo para la presentación de alegaciones al interesado, sin que se haya presentado alegación alguna.

Cuarto.- El procedimiento se encuentra suspendido por acuerdo de este Tribunal de fecha 19 de diciembre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- A fin de determinar la competencia de este Tribunal para conocer del recurso planteado debemos partir de la naturaleza jurídica de Canal de Isabel II, S.A., que es una empresa pública de la Comunidad de Madrid sujeta en su contratación a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, (en adelante LCSE) siempre que realice alguna de las actividades enumeradas en el artículo 10 de dicha Ley, cuyo valor estimado sea igual superior a los límites establecidos en el artículo 16.

En cuanto a la coincidencia del objeto del contrato con las actividades del artículo 7 de la LCSE, de acuerdo con los pliegos, el objeto del contrato es la asistencia técnica para la medición de gases en el seno de la prevención de riesgos laborales de determinado personal de Canal de Isabel II a juicio de este Tribunal no se encuentra comprendida dentro del concepto servicios explotación y suministro de agua que justifica la aplicación de la LCSE. En apoyo de esta consideración puede citarse lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 10 de abril de 2008, Asunto C- 393/06, en su apartado 31 *“(...) solo están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17 los contratos que una entidad,-que tenga la consideración de ‘entidad adjudicadora’ en el sentido de esta Directiva- celebre en relación con el ejercicio de actividades en los sectores enumerados en los artículo 3 a 7 de dicha Directiva y para dicho ejercicio”*. De esta última expresión *“para dicho ejercicio”* se deduce el carácter instrumental que el objeto del contrato debe tener para el desarrollo de la actividad especial que justifica su regulación algo más laxa que la del resto de contratos del sector público, en orden a la aplicación de la LCSP o de la LCSE. En el presente caso es de aplicación el artículo 318 b) de la LCSP.

Segundo.- La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 46.1 de la LCSP, así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

Tercero.- El recurso se dirige contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por la que se determina la admisión a la licitación de una empresa a un contrato de servicios, con un valor estimado superior a 100.000 euros.

La cuestión, en este caso, se centra en determinar si el acto impugnado, dada su naturaleza, se encuentra comprendido dentro de los que recoge la nueva previsión del artículo 44.2.b) de la LCSP, conforme a la cual se indica que son susceptibles de recurso en esta vía: *“Los actos de trámite adoptados en el*

procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.

Se recoge por tanto, como novedad en el nuevo texto legal la referencia a los actos por los que se acuerde la admisión de candidatos o licitadores, o la admisión de ofertas.

La doctrina sentada en la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 5 de abril de 2017, en el asunto C-391/15, dejó claro en primer término que las decisiones de la Mesa de contratación o del órgano de contratación acerca de la admisión de licitadores o proposiciones son impugnables en el marco de la Directiva 89/665/CEE, sin que quepa diferir el momento del recurso a la fase posterior del acuerdo de adjudicación cuando tales decisiones entrañan una vulneración de la normativa sobre contratación pública. A lo que hay que añadir la necesidad de que tales decisiones reúnan los requisitos establecidos por la Directiva para que proceda el recurso, esto es, que el recurrente tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato, y que se haya visto o pueda verse perjudicado por una decisión que incurra en infracción del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o de las normas de transposición de dicho Derecho.

No obstante, como señala el TACRC en su Resolución 647/2018, de 6 de julio *“En segundo lugar, retomando nuestro hilo argumental acerca de la interpretación del alcance de estos actos de admisión de ofertas o licitadores, es relevante destacar que nos encontramos ante una previsión novedosa de la Ley 9/2017 que amplía el alcance del objeto de este recurso especial pero que debe ser interpretada*

en el contexto que marca el principio más general conforme al cual estos actos de trámite de admisión de ofertas o proposiciones deben tener el efecto de decidir directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento o producir indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

Adviértase, en tal sentido, que la norma no ha querido establecer estos actos como objeto del recurso especial al margen o más allá de los actos de trámite cualificados que ya se contemplaban en el artículo 40.2.b) del TRLCSP, sino como una específica concreción de los mismos, con el matiz de que, al igual que sucede con los actos de exclusión, se estima que en todo caso concurre en ellos ese carácter cualificado. De haber querido el legislador añadir esta categoría de actos como objeto del recurso de manera adicional a los actos de trámite cualificados, y como un específico acto de trámite impugnabile aun cuando no concurriera en el mismo alguna de las circunstancias indicadas para cualificar el acto de trámite a estos efectos, se habría utilizado otra redacción del precepto, indicando que, además de los actos de trámite cualificados por concurrir las indicadas circunstancias, son en todo caso objeto de impugnación los acuerdos de admisión de licitadores o de proposiciones. Pero no es eso lo que dice la norma, sino que su tenor manifiesta que son objeto de recurso los acuerdos de admisión en tanto se consideran en todo caso actos de trámite cualificados”.

De todo cuanto antecede, en el caso que nos ocupa, debe considerarse que nos encontramos ante un acto de trámite calificado, que decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, ya que al concurrir únicamente dos licitadores, la exclusión pretendida dejaría al recurrente como único licitador admitido a la licitación, por lo que su interés legítimo resulta evidente.

Así mismo se acredita la legitimación del representante del recurrente.

Cuarto.- En cuanto al plazo para interponer el recurso el acuerdo impugnado se publicó el 29 de noviembre de 2019, interponiendo el recurso el 4 de diciembre de

2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso, el recurrente sostiene que en el ANEXO I “*Características del Contrato*” regula en su apartado 6 el “*Formato de las especificaciones técnicas*”. “*Los licitadores deberán incluir en el sobre nº 1 de sus ofertas sus especificaciones técnicas de conformidad con el siguiente formato:*

1. *Objeto del contrato.*
2. *Alcance y desarrollo del contrato conforme a lo dispuesto en Pliego de Prescripciones Técnicas.*
3. *Características de los captadores para gas radón a utilizar.*
4. *Laboratorio acreditado por ENAC para la realización de los Ensayos.*
5. *Subcontratación.*

La Proposición que no cumpla los requisitos técnicos mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas no será tomada en consideración en el presente procedimiento de licitación”.

Señala que el licitador SGS ha formulado una oferta consistente única y exclusivamente en aportar el punto 5 del apartado 6 del ANEXO I, una declaración de subcontratación, y omitiendo el Objeto del contrato, el Alcance y desarrollo del contrato conforme a lo dispuesto en Pliego de Prescripciones Técnicas, las Características de los captadores para gas radón a utilizar y el Laboratorio acreditado por ENAC para la realización de los Ensayos exigidos de manera imperativa e indiscutible por los puntos 1 a 4 del apartado 6 del ANEXO I.

Considera finalmente, que el defecto de no presentar propuesta técnica es tan esencial que no cabe subsanación prevista en la cláusula 12 del PCAP y por tanto no cabe la admisión de la oferta.

Por su parte, el órgano de contratación señala que la cláusula 12 de PCAP establece expresamente que “*Canal de Isabel II, S.A. se reserva el derecho a*

solicitar las aclaraciones, documentación y a realizar las actuaciones que considere necesarias para verificar el efectivo cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos para la presentación de ofertas. En este sentido, Canal de Isabel II, S.A. podrá solicitar aclaraciones a los licitadores, a través del tablón de anuncios electrónico del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, para conocer claramente cuestiones que estime fundamentales en la oferta, tanto referidas a la documentación administrativa, como a las especificaciones técnicas ofertadas, las proposiciones de los licitadores relativas a los criterios sujetos a un juicio de valor y a las proposiciones relativas a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. Los licitadores tendrán un plazo no superior a tres días hábiles computados a partir del día hábil siguiente a la publicación en el tablón de anuncios para contestar a las mismas. En caso de que los licitadores no den respuesta a las aclaraciones solicitadas en el citado plazo, las ofertas presentadas por éstos no se tendrán en consideración en el presente procedimiento de licitación”.

Sostiene que, en base a esa previsión establecida en el PCAP que constituyen ley del contrato, concedió el plazo de subsanación. Considera que no se han vulnerado los principios de no discriminación, igualdad de trato y libre concurrencia. Así mismo, pone de manifiesto que también al recurrente se concedió plazo de subsanación en lo referente a la subcontratación.

Finalmente, sostiene que la aportación por parte de SGS de la documentación que faltaba en su oferta técnica no podía suponer en ningún caso una modificación sustancial de la oferta presentada dado que no podían presentarse ni captadores de gas ni un laboratorio distinto a los definidos y exigidos en los Pliegos.

El trámite de subsanación está contemplado en el artículo 141.2 de la LCSP, en el que se indica:

“2. En los casos en que se establezca la intervención de mesa de contratación, esta calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior.

Cuando esta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija”.

Es criterio unánime, en las resoluciones e informes de Tribunales y de Juntas Consultivas, la subsanación de defectos en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos para contratar presentada por los licitadores, determinando que la calificación de la documentación mira a excluir las proposiciones de los empresarios que no cumplan con los requisitos esenciales e indispensables previstos en la ley y los incluidos en el correspondiente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, exclusión que en todo caso, debe responder a criterios objetivos y no a un rigorismo formalista.

En el caso que nos ocupa, la subsanación hace referencia a aspectos relacionados con la solvencia técnica, no con criterios de adjudicación. En este sentido la Resolución del TACRC 806/2019, de 11 de julio *“En el presente caso, debe tenerse en cuenta a la hora de valorar la procedencia y alcance del trámite de subsanación que la documentación que dio lugar a la inicial exclusión se refería a la solvencia técnica, y no a aspectos de la oferta que hubieran incidido en la aplicación de los criterios de adjudicación, aspectos estos mucho más sensibles, y en los cuales la subsanación debe tratarse con mayores cautelas.*

Llegados a este punto, no cabe duda de que el trámite de subsanación era perfectamente admisible y debido, pues se constituye como un derecho del licitador siempre que las omisiones o defectos se refieran a documentación susceptible de ser subsanada.

(...).

Incluso en el supuesto más radical, aquel en el que COSELA no hubiera presentado ningún documento a efectos de justificar su solvencia técnica en los términos previstos en el pliego, habría cabido igualmente la subsanación, pues se trataría de una omisión subsanable. Por ello, con más razón podía realizarse la subsanación cuando se había presentado un documento al efecto, pero el mismo no era completo y hábil a efectos de acreditar el requisito exigido, razón por la cual el

informe era desfavorable por entender la técnico competente que no disponía de información suficiente, y no, por el contrario, que los instrumentos no fueran idóneos para la ejecución del contrato y la acreditación de la solvencia”.

En el mismo sentido, el Informe 2/2012, de 22 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid concluye, *“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, y ha de concederse por igual a todos los licitadores, en cumplimiento de los principios de no discriminación e igualdad de trato establecidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP”.*

En el presente caso, como alega el órgano de contratación, la subsanación de a documentación no permite modificación de la oferta ni otorga ventaja alguna al licitador ya que no podría ofertar ni captadores de gas ni un laboratorio distinto a los definidos en el PPT. En este sentido, en cuanto al *“Objeto del contrato”* y *“Alcance y desarrollo del contrato conforme a lo dispuesto en el PPT”*, se solicita un simple compromiso explícito de cumplimiento del PPT. Respecto a *“las características de los captadores para gas radón”*, los captadores o dosímetros deben ser en todo caso del tipo CR-39 y contar necesariamente con una serie de características técnicas y suministrarse en un tipo de contenedor determinado, que se describen en el PPT. No hay por tanto margen para que los licitadores oferten un captador distinto. Otro tanto se podría afirmar respecto al *“Laboratorio acreditado por ENAC para la realización de los Ensayos en el Área de Protección radiológica”.*

Por todo lo expuesto, este Tribunal teniendo en consideración que se ha producido un error en la presentación de la documentación por parte del adjudicatario, sin que proceda una exclusión automática, siendo correcto la concesión del plazo de subsanación previsto en la cláusula 12 del PCAP, considera

que procede desestimar el recurso presentado por Xpert, al haber actuado el órgano de contratación conforme a Derecho.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 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 en materia de contratación interpuesto por la representación de Xpert Unidad Técnica De Protección Radiológica S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de 20 de noviembre de 2019, por la que se admite a la licitación a la empresa SGS Tecnos, S.A., para la contratación del “Servicio de Asistencia Técnica para la Medición y Evaluación Higiénica de los Niveles de Exposición a Gas Radón mediante Dosimetría Personal y Muestras Fijas en Puestos y Lugares de Trabajo del Canal de Isabel II” número de expediente 174/2018.

Segundo.- Levantar la suspensión acordada por este Tribunal con fecha 19 de diciembre de 2019.

Tercero.- 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 58 de la LCSP.

Cuarto.- 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 59 de la LCSP.