

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

En Madrid, a 15 de julio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la entidad IP Learning e-Ducativa, S.L., contra el acuerdo de exclusión de la licitación del contrato de servicio “la virtualización de los contenidos de los cursos de formación on-line en farmacoterapia de la Subdirección General de Farmacia y Productos Sanitarios” del SERMAS a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios, número de expediente: PA S 20-006,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 20 de febrero de 2020, se publica el anuncio del contrato en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid con un valor estimado de 165.137,80 euros. En misma data se publican los Pliegos. Y en fecha 20 de marzo la rectificación de los Pliegos por error material en lo que atañe a la solvencia económico-financiera y los criterios de adjudicación. Al tiempo se amplía el plazo para presentar proposiciones. El nuevo texto afirma:

“Resuelve, la rectificación, por error material, del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares y trasponer al mismo la corrección realizada en los términos que a continuación se reflejan:

En el Punto 7 Solvencia Económica, financiera y técnica o profesional (páginas 5 y 6), del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, debe decir:

‘Por tanto, los licitadores deberán acreditar un volumen de negocio para este contrato de al menos 165.137,80 euros en servicios relacionados con el objeto del contrato’.

En el punto 9 Criterios objetivos de adjudicación del contrato (página 7) del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, debe decir:

‘D) Elaboración de materiales formativos para instituciones, organismos e instancias administrativas sanitarias de todo el territorio español (Consejerías de Sanidad de las CC.AA, Servicios de Salud o Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social) sobre farmacoterapia: (10 puntos)’.

La valoración de este apartado se realizará mediante la presentación de ruta de visualización y descripción detallada del proyecto (duración, temas incluidos de farmacoterapia (...)) indicando el Órgano competente que contrató el proyecto”

Segundo.- En lo que aquí interesa, en cuanto a la solvencia técnica la cláusula 1.7 del PCAP requiere:

“Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos; cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los servicios pertinentes efectuados más de tres años antes. Cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

‘Criterios de selección: *Los licitadores, tanto españoles como no españoles de Estados miembros de la Unión Europea, deberán acreditar la solvencia técnica y profesional mediante una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual naturaleza que los que constituyen el objeto del presente contrato en curso de como máximo los tres últimos años, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al valor estimado anual, sin IVA, en la que se indiquen importes y fechas y el destinatario público o privado de los mismos’.*

‘Medio de acreditación: *Se considerará que se cumple con este requisito si aportan al menos 4 contratos de servicios de virtualización de contenidos en farmacoterapia para la formación on-line de profesionales sanitarios”.*

Tercero.- El 17 de marzo se publica anuncio de la suspensión del procedimiento consecuencia del confinamiento decretado por el estado de alarma, que se levanta reiniciándose los procedimientos por Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital de Fuenlabrada con efectos del 7 de mayo a consecuencia en la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 17/2020, de 5 de mayo por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social derivado del COVID-19.

Cuarto.- En fecha 24 de junio se presenta el recurso especial en materia de contratación solicitando la anulación de la exclusión de la licitadora por carecer de la solvencia técnica exigida, previo requerimiento de subsanación.

Quinto.- El expediente e informe del órgano de contratación se reciben el 13 de julio conforme al 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). A tenor de lo dispuesto en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas no se ha estimado preciso dar plazo de alegaciones a otros licitadores en el procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 la empresa que siendo licitadora, puede eventualmente resultar adjudicatario, y por ello *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la exclusión en la licitación de la empresa IP Learning e-Ducativa, S.L., tuvo lugar en el acto público de apertura de proposiciones de la Mesa de contratación de 17 de junio de 2020, por no subsanación de la documentación requerida. En el acto de forma expresa y en aplicación de cuanto exige el artículo 20, apartados 3 y 7, del Decreto 49/2003 de 3 de abril por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se invitó al representante de la mercantil a manifestar lo que a su derecho conviniera, oferta que fue declinada. Interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 24 de junio de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acto de exclusión que a su vez inadmitía la oferta de la recurrente en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso la empresa es excluida por no cumplir con el requisito de los medios de acreditación de la solvencia técnica: 4 contratos de servicios de virtualización de contenidos en farmacoterapia para la formación on-line de profesionales sanitarios, señalando básicamente que *“este apartado entra en contradicción con los Criterios de selección ya que limita la validez de los certificados a que estos correspondan a la ‘virtualización de contenidos en Farmacoterapia’, siendo que la mención a ‘contenidos en farmacoterapia’ fue excluido como medio de discriminación para la acreditación de la Solvencia Económica y Financiera y Técnica y Profesional en la rectificación de 7 de marzo”*, rectificación de la solvencia que se hizo a instancias de la propia recurrente. Se afirma que la exigencia de que los contenidos sean en farmacoterapia es discriminatoria, señalando que tales previsiones distan de estar justificadas y resultan contrarias a los principios reguladores de la Unión Europea, y en concreto, al principio de proporcionalidad y al de no discriminación, que recoge la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública. En el artículo 18 se dispone que *“los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada”*.

Por parte del órgano de contratación se afirma que se rectificó esta exigencia en lo que atañe a la solvencia económico-financiera, no la técnica: *“la corrección material de errores suprimió la referencia cursos on-line de farmacoterapia en referencia al apartado de criterios de selección de la acreditación de la solvencia económica y financiera, no se hizo corrección alguna en los criterios de selección de la acreditación de la solvencia técnica (ni en la forma de acreditación) como tampoco en los criterios evaluables de forma automática mediante fórmulas. No hay contradicción alguna de la mano de la corrección de errores realizada por cuanto en la LCSP solo se exige coincidencia entre el servicio a contratar y la naturaleza del objeto, en la solvencia técnica y profesional”*.

Tal y como consta en los antecedentes primero y segundo, la modificación en lo que atañe a los cursos de farmacoterapia solo tuvo lugar en la solvencia económico-financiera, sustituida por la mención a volumen de negocio en actividades

relacionadas con el objeto del contrato. No así en la técnica. En este punto, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares vincula tanto a los licitadores como al órgano de contratación, siendo procedente la exclusión del licitador al no subsanar la solvencia técnica requerida.

En cuando a la discriminación se sustenta en ser el mismo adjudicatario en licitaciones precedentes, no siendo esta circunstancia un término de comparación idóneo.

Por otra parte, el recurrente que impugna su exclusión, no impugnó en plazo los Pliegos en lo que atañe a la solvencia técnica, a los que se encuentra sujeto por mor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP:

“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”.

Incluso la modificación de la solvencia económica se hizo a su instancia , pues se sustituyó la expresión de los Pliegos *“por tanto, los licitadores deberán acreditar un volumen de negocio para este contrato de al menos 165.137,80 euros en servicios relacionados con el objeto del contrato: cursos on-line de farmacoterapia”* por la frase *“por tanto, los licitadores deberán acreditar un volumen de negocio para este contrato de al menos 165.137,80 euros en servicios relacionados con el objeto del contrato”*.

La rectificación de errores del Pliego publicada el 20 de marzo es, hasta cierto punto, confusa en cuando afirma que rectifica el punto 7 donde se comprenden ambas solvencias, y lo afirma textualmente: *“en el Punto 7 Solvencia Económica, financiera y técnica o profesional (páginas 5 y 6)”*.

Sin embargo, el texto rectificado corresponde al criterio de selección de la solvencia económica, no de la técnica, que adolece de cuantificación económica.

Además, recoge el propio texto literal del recurrente que solo instó por correo electrónico la modificación de la solvencia económica, omitiendo la técnica. Según se recoge en el propio recurso:

“Que en fecha 5 de marzo de 2020, se envía al Órgano de Contratación un correo electrónico certificado con el asunto ‘Solicitud de Enmiendas al pliego del expediente PA S 20-006’ en el cual se informa de posibles errores en el PCAP, detallando los mismos y solicitando su rectificación, ya que en el apartado 9.2 Otros criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, se indicaba en el criterio D) ‘Elaboración de materiales formativos para la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid sobre farmacoterapia’, lo cual limitaba inaceptablemente la cantidad de empresas que podrían presentar ofertas.

Asimismo, se señalaba que en el Capítulo I. Características del Contrato (PCAP), en el punto 7.- Solvencia económica, financiera y técnica o profesional, se indicaban los ‘Criterios de selección’, destacando que ‘Por tanto, los licitadores deberán acreditar un volumen de negocio para este contrato de al menos 165.137,80 euros en servicios relacionados con el objeto del contrato: cursos on-line de farmacoterapia, lo cual limitaba inaceptablemente la cantidad de empresas que podrían presentar ofertas’”.

(...).

En estos términos no cabe estimar el recurso, no habiendo impugnado los Pliegos ni su rectificación publicada el 20 de marzo. Tampoco se presentan 4 certificados sino 3, según el informe técnico y los propios escritos de subsanación del recurrente, que corresponden a servicios informáticos en relación con la enseñanza médica, por un importe de 38.000 euros.

Procede, por lo expuesto, desestimar el recurso.

No obstante lo cual se entiende para próximas licitaciones restrictiva de la concurrencia la exigencia de certificados de cursos *on line* de farmacoterapia. Hay que señalar que el artículo 90.1 a) de la LCSP señala como medio de acreditar la solvencia técnica o profesional el recogido en los Pliegos: *“una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos”*. Y que el párrafo segundo del artículo 90 recurre al código CPV al objeto de determinar que se entiende por servicio de igual o similar naturaleza: *“para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá acudir además de al CPV”*.

El Código CPV es en el Pliego el 7200000-05. Este Código 72000000-5 es *“Servicios TI: consultoría, desarrollo de software, Internet y apoyo”*.

Probablemente el CPV no esté correctamente escogido entre los contemplados en el Reglamento (CE) 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007 que modifica el Reglamento (CE) no 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV, en cuanto prima el aspecto técnico informático (el medio para impartir los cursos) sobre el contenido, existiendo un código para los cursos de formación en sanidad, pero en cualquier caso los servicios similares por remisión del código CPV recogido son mucho más amplios que el certificado en farmacoterapia exigido.

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 la entidad IP Learning e-Ducativa, S.L., contra el acuerdo de exclusión de la licitación del contrato de servicio “la virtualización de los contenidos de los cursos de formación on-line en farmacoterapia de la Subdirección General de Farmacia y Productos Sanitarios” del SERMAS.

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 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.