

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

En Madrid, a 26 de julio de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.V.C., en nombre y representación de Panavale, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 16 de junio de 2017, por el que se le excluye del “Acuerdo Marco para el Suministro de Mallas quirúrgicas y prótesis de pared con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: P.A. SUM-4/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero..- Con fechas 5, 18 y 20 de abril de 2017, se publicó respectivamente en el DOUE, en el Perfil de contratante, en el BOCM y en el BOE, el anuncio de licitación correspondiente al Acuerdo Marco de referencia, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, dividido en 17 lotes. El valor estimado del Acuerdo marco es de 6.868.994,60 euros.

De acuerdo con la cláusula 1.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), relativa a la acreditación de la solvencia técnica, se exige lo siguiente:

“Criterios de selección:

-. Experiencia en la realización de trabajos o suministros del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato, que se acreditará mediante la relación de los trabajos o suministros efectuados por el interesado en el curso de los cinco últimos años, avalados por, al menos, tres certificados de buena ejecución, y el requisito mínimo será que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al de su anualidad media.

-. Muestras, descripciones y fotografías. Se presentarán en un sobre o embalaje identificado como "MUESTRAS", indicando en el mismo los datos correspondientes al número de referencia del procedimiento al que licitan, con su respectiva numeración y denominación, nombre y apellidos del licitador o razón social de la empresa y su correspondiente NIF o CIF. Cada muestra deberá llevar indicado el número de lote y orden al que corresponde. Se presentarán DOS UNIDADES por cada número de orden y lote al que se licite.

Se presentarán en el Servicio de Suministros del Hospital Universitario Príncipe de Asturias de Alcalá de Henares, carretera Alcalá Meco s/n., 28805 Alcalá de Henares (Madrid), en horario de 8 a 14030 h de lunes a viernes.

En el caso de que se precise para la valoración técnica del producto un mayor número de muestras, el licitador se compromete a realizar su suministro sin coste alguno.

-. Declaración de Mercado de conformidad CE de los productos ofertados, incluyendo una relación donde para cada uno de los lotes ofertados indiquen: no de Mercado CE, el Organismo Notificado Certificador (número y nombre) y fechas de vigencia.

-. Acreditación del cumplimiento con las normas: UNE-EN ISO 9001:2008 (o posterior) "Sistemas de gestión de la calidad" o UNE-EN ISO 13485:2013 (o posterior) "Sistemas de gestión de calidad para productos sanitarios"

Se entiende que los criterios deben cumplirse de forma acumulativa y obligatoria".

La cláusula 12 del PCAP, por su parte establece la forma y contenido de las proposiciones:

“Las proposiciones se presentarán redactadas en lengua castellana o traducidas oficialmente a esta lengua, y constarán de TRES SOBRES, cerrados y firmados por el licitador o persona que lo represente (...).

Además de la documentación indicada anteriormente, los licitadores deberán aportar en el sobre 1 de “documentación administrativa”.

(...)

A) SOBRE Nº 1 DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA.

Para la presentación de la documentación administrativa, el licitador podrá optar por presentar una declaración responsable conforme al formulario del Documento Europeo Único de Contratación, en las condiciones previstas en la opción a), o bien presentar la documentación que se indica en la opción b).

B) SOBRE Nº 2 DOCUMENTACIÓN TÉCNICA.

En este sobre se incluirá la documentación técnica que se exija, en su caso, en el apartado 9 de la cláusula 1, en orden a la aplicación de los criterios objetivos de adjudicación del contrato especificados en el apartado 8 de la citada cláusula, así como toda aquélla que, con carácter general, el licitador estime conveniente aportar, sin que pueda figurar en el mismo ninguna documentación relativa al precio. Cuando se establezcan criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, en este sobre se incluirán dos sobres: (2-A y 2-B).

En el sobre 2-A se incluirá la documentación relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, indicados en el apartado 8 de la cláusula 1. En el sobre 2-B se incluirá la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorables de forma automática por aplicación de fórmulas apartado 8 de la cláusula 1.

c) SOBRE Nº 3 PROPOSICIÓN ECONÓMICA.

Este sobre contendrá exclusivamente la proposición económica (...)

Segundo.- Realizada la oportuna tramitación, se reunió la Mesa de contratación el 8 de junio de 2017, para proceder a la apertura del sobre nº1 de documentación administrativa constando en el Acta, respecto de la empresa Panavale, S.L., lo siguiente:

“Deberán acreditar la solvencia económica y financiera art. 75. 1.a), el volumen anual de negocios es insuficiente para acreditar la solvencia a la totalidad de los lotes a los que licita.

Deberán acreditar la solvencia técnica art.77. 1.e) y f)

Deberán presentar muestras "estériles" para el LOTE 13

Declaración de Mercado de conformidad CE

Acreditación del cumplimiento con las normas UNE, EN ISO que se indican.

Además deberán presentar soporte digital de la documentación requerida en el sobre 1 “documentación administrativa”.

Con fecha 9 de junio, se remitió un correo electrónico a la empresa, requiriendo la subsanación de la documentación indicada y concediéndole plazo hasta el 14 de junio de 2017, para su presentación.

En cumplimiento del requerimiento la empresa presentó escrito el día 12 de 2017, en el que aporta: escrito de renuncia a los lotes 3, 12 y 13 y *“soporte digital de la documentación requerida en el sobre 1 “documentación administrativa.”*

Tercero.- El día 16 de junio de 2017, se reúne nuevamente la mesa de contratación para revisar las subsanaciones realizadas y acuerda excluir a Panavale, S.L., según consta en Acta, por los siguientes motivos:

“No presentar Declaración de Mercado de conformidad CE de los productos ofertados.

No presentar acreditación del cumplimiento con las normas: UNE-EN ISO 9001:2008 (o posterior) o UNE-EN ISO 13485:2013 (o posterior).

Al no estar de acuerdo con los motivos de exclusión los representantes de las empresas MEDICAL CAÑADA, S.L. Y PANAVALE, S.L., se revisa nuevamente, en su presencia, la documentación presentada por ambas empresas en el sobre nº

1 de documentación administrativa y documentación aportada para la subsanación, subsistiendo los motivos indicados para su EXCLUSION”.

Cuarto.- El día 30 de junio de 2017, Panavale, S.L., presentó el anuncio del recurso al órgano de contratación y el 6 de julio de 2017, presentó el escrito de recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, contra el Acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa el día 16 de junio.

El Tribunal lo comunicó al órgano de contratación requiriéndole para que remitiera copia del expediente de contratación y el informe preceptivo 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 (TRLCSP), lo que verificó el 12 de julio de 2017.

En el recurso presentado se solicita la anulación del acuerdo de exclusión puesto que “en la página 10 y 11 del referido PCAP, se establecían los criterios para la acreditación de la solvencia técnica, y entendemos que no se determinaba con claridad y precisión, sino antes al contrario, el concreto sobre donde debería ser aportada la concreta documentación relativa, tanto a la Declaración de Marcado de conformidad CE de los productos ofertados, como la relativa a la acreditación del cumplimiento de las normas UNE EN ISO (...) ya que la mención a que “además de la documentación indicada anteriormente, los licitadores deberán aportar en el Sobre 1 de “documentación administrativa”, un listado en el que se relacionen los lotes y referencia de las muestras que presenta, consideramos no delimita con claridad y precisión en que concreto sobre debería haberse aportado dicha documentación antes reseñada, máxime si tenemos en cuenta lo que a continuación se pone de manifiesto”. Señala la recurrente a continuación que el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) establece que la documentación relativa al marcado CE y el cumplimiento de las normas UNE EN ISO: “se incluirá en el SOBRE A “Documentación Administrativa” para la acreditación de la solvencia técnica 77.1.f.”

En consecuencia, alega que dicha documentación la aportó en el sobre 2 A y que entendió que la subsanación se refería al lote 13 y no al resto de productos objeto del Acuerdo marco *“máxime cuando la recurrente ya había aportado en el SOBRE 2 A- atendiendo a lo explicitado a la página 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas”*.

El órgano de contratación en el informe preceptivo señala en primer lugar que una vez aceptado y consentido el PCAP, el mismo deviene firme, y que *“del examen del expediente se desprende que en el supuesto examinado la Mesa de Contratación actuó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77.1 del TRLCAP y confirió trámite expreso de subsanación a la recurrente, con indicación individualizada y por escrito de los defectos que habían de ser objeto de subsanación (tal y como viene exigiendo a tal efecto el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por todas, Resoluciones 200/2012 ó 255/2012, de 20 de septiembre y 14 de noviembre de 2012, respectivamente)”*.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se concedió a los interesados trámite de alegaciones, el día 5 de abril sin que se haya presentado ningún escrito de alegaciones en plazo.

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.- Panavale, S.L., ostenta la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP), al haber sido excluida del procedimiento de licitación del Acuerdo Marco.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, el mismo se dirige contra el acto de exclusión de un Acuerdo marco de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición cabe señalar que la exclusión no ha sido notificada formalmente a la recurrente pero consta que tuvo conocimiento de la misma el día 16 de junio de 2017, dándose por notificada al presentar el anuncio de recurso el día 30 de junio, por lo que el recurso interpuesto el día 6 de julio de 2017 está en plazo.

Quinto.- El recurso sostiene que la falta de claridad y la contradicción existente entre lo dispuesto por el PCAP y el PPT, es la razón que ha motivado que la documentación acreditativa de la solvencia técnica, en concreto la declaración del marcado CE y la acreditación de cumplimiento de las Normas UNE EN ISO hayan sido incluidas en el Sobre 2A de documentación técnica y además que el requerimiento de subsanación tampoco exponía claramente qué documentos debían aportarse.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, debemos recordar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 del TRLCSP, *“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 cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna”*. De igual modo en reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo se señala el carácter de los pliegos como ley del contrato, entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003 (RJ/2003/4413), y de 27 de mayo de 2009 (RJ/2009/4517), que viene a establecer que *“el pliego de condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la administración contratante teniendo por ende fuerza de ley entre las partes”*.

En cuanto a la alegada falta de claridad del PCAP y su contradicción con el PPT, este Tribunal comprueba que efectivamente existe una discrepancia entre el PPT y el PCAP, al indicar el sobre en el que debería incluirse la documentación mencionada, puesto que el PPT dice Sobre A documentación administrativa y el PCAP, Sobre Nº1 documentación administrativa.

Respecto a esta cuestión debe recordarse que la Ley establece claramente la necesidad de la existencia en el procedimiento de contratación de dos documentos diferentes y con contenidos específicos: el PCAP y el PPT.

Según el artículo 115.2 del TRLCSP relativo al contenido de los PCAP: *“En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo”*. El PCAP tiene una doble función, como es regular, por un lado, los aspectos formales del contrato como el procedimiento y la forma de adjudicación y, por otro lado, los aspectos sustanciales, es decir, los derechos y obligaciones de las partes.

Por otra parte, a nivel reglamentario, el artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, determina el contenido de los PCAP, indicando que contendrá aquellas declaraciones que sean específicas del contrato de que se trate y del procedimiento y forma de adjudicación.

En cuanto a los PPT, el artículo 116 del TRLCSP establece la necesidad de su existencia, de su aprobación y su contenido, referido esencialmente a la realización de la prestación y definición de sus calidades.

Cualquier discrepancia entre ambos pliegos ha de ser resuelta mediante la prevalencia no de uno sobre otro, pues no existe una relación jerárquica entre ambos, sino en base al principio de especialidad, en función de lo que corresponde regular a cada uno de ellos. La preceptiva separación de su contenido y la prohibición de que el PPT regule lo reservado al PCAP determina la prevalencia de

este sobre aquél en los supuestos de disparidad en el contenido de las materias reservadas al PCAP o prohibidas al PPT. Este último debe limitarse a regular las cuestiones técnicas y en caso de diferencia entre ambos, por aplicación del principio de especialidad, ha de prevalecer, como en este caso el mismo pliego señala el PCAP.

En el caso que nos ocupa, es evidente que el PCAP es el documento que debe regular la forma y el contenido de las proposiciones, por lo que debe atenderse a lo que en él se establezca y considerar por tanto que el sobre de documentación administrativa es el sobre nº 1. Por otro lado, esa interpretación parece la más lógica en este caso, puesto que es únicamente la denominación del sobre la que difiere en un pliego y otro, ya que el contenido es el mismo: documentación administrativa, no resultando difícil identificar sobre A con sobre 1 ya que ambos se refieren a la documentación administrativa.

El PCAP exige la documentación examinada, declaración de Marcado CE y cumplimiento de las Normas UNE EN ISO, como documentación administrativa y partiendo de esta consideración no resulta admisible una interpretación que permita su inclusión en el sobre de documentación técnica, sobre nº 2, aunque se trate de documentación referida a las condiciones de los productos.

Consta en el expediente que la recurrente realizó varias consultas al órgano de contratación sobre la presentación de las proposiciones, en las que entre otros extremos, se respondió:

“Efectivamente la documentación contenida en los sobres deben presentarse en formato papel y digital. La correspondiente a la oferta económica en formato papel y en fichero digital Excel.

En la documentación a introducir en los sobres 2A y 2B, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 9 de la cláusula 1 del PCAP, deberán incluir toda la documentación técnica precisa (fichas técnicas, catálogos, descripciones técnicas, etc.) para la correcta valoración del producto ofertado. En el sobre 2B se incluirá el Anexo 1BIS, y toda la documentación necesaria para verificarlo. Si ya ha sido incluida en el sobre 2A, se hará referencia a ello o, en su caso, se completará”.

A la vista de la respuesta debe concluirse que una lectura atenta del PCAP permitía interpretar correctamente el contenido de los distintos sobres.

Por lo que respecta al requerimiento de subsanación remitido a la recurrente, tampoco advierte el Tribunal falta de claridad en su enunciado. Constan los documentos exigidos separados en apartados diferentes, respecto del lote 13 y de los demás. Además si se hubiese producido esa confusión que alega la recurrente, que parece haber interpretado que los documentos se referían únicamente al lote 13, no hubiera presentado ninguno ya que renunció a la licitación de dicho lote. Sin embargo aportó en soporte digital la documentación que había incluido en el sobre nº1 pero sin hacer tampoco mención alguna a la inclusión de la declaración del marcado CE y las Normas ISO en el sobre nº 2 A, por lo que debemos concluir que la Mesa actuó correctamente considerando que no se había subsanado la acreditación de la solvencia y que procedía la exclusión.

Por todo ello el recurso debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP 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 don J.V.C., en nombre y representación de Panavale, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 16 de junio de 2017, por el que se excluye del “Acuerdo Marco para el Suministro de Mallas quirúrgicas y prótesis de pared con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: P.A. SUM-4/2017.

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.