

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

En Madrid, a 19 de junio de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don C.L.A., en nombre y representación de ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA, S.L.U., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 5 de abril de 2019, por el que se excluye su proposición de la licitación del contrato “Servicio de mantenimiento integral del equipamiento para diagnóstico por imagen del Hospital Clínico San Carlos” número de expediente PA2 2018-4-174, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 4 de octubre de 2018, se publicó en el BOCM el anuncio de licitación del contrato mencionado. Se tramita mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios y su valor estimado asciende a 2.383.001,22 euros.

Segundo.- Interesa destacar en relación con el motivo de recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) establece en su cláusula 1 apartado 22 lo siguiente:

“22.- Subcontratación:

Prestaciones no susceptibles de subcontratación: No procede

Indicación en la oferta de la parte del contrato que se pretenda subcontratar:

[NO]

Y en la cláusula 30:

“Cláusula 30. Subcontratación.

El adjudicatario del contrato podrá concertar con terceros la realización parcial del mismo siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 215 de la LCSP, quedando obligado al cumplimiento de los requisitos y obligaciones establecidos en los artículos 216 y 217 del mismo texto legal. En todo caso, los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista, que asumirá la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral.

El contratista deberá comunicar por escrito al órgano de contratación, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie su ejecución, su intención de subcontratar, indicando las partes del contrato a que afectará y la identidad, datos de contacto y representantes legales del subcontratista, así como justificar la aptitud de éste por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, salvo si el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, y acreditando que no se encuentra incurso en prohibición de contratar.

Asimismo, junto con el escrito mediante el que se dé conocimiento a la Administración del subcontrato a celebrar, el contratista deberá acreditar que el subcontratista no se encuentra inhabilitado para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Dicha acreditación podrá hacerse efectiva mediante declaración responsable del subcontratista.

Si así se requiere en el apartado 22 de la cláusula 1, los licitadores deberán indicar en su oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que vaya a encomendar su realización. En este caso, si los subcontratos difieren de lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que efectúen la notificación y aportación de las justificaciones referidas en el párrafo anterior, salvo

autorización expresa con anterioridad por la Administración o situación de emergencia justificada, excepto si la Administración notifica en ese plazo su oposición”.

A la licitación convocada se han presentado dos empresas, una de ellas la recurrente.

El 5 de abril de 2019, se reunió la Mesa de contratación para proceder a la apertura de las proposiciones presentadas y calificación de la documentación administrativa. De acuerdo con el Acta la Mesa acuerda la exclusión de la oferta de Althea Healthcare España, S.L.U, “por no cumplir el requisito exigido, en el punto 22 de la Cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, donde se establece la no subcontratación.

El Acuerdo no ha sido notificado.

Tercero.- El 29 de mayo de 2019, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Althea Healthcare España, S.L.U (en adelante Althea) en el que solicita la anulación del Acuerdo de la Mesa de contratación sobre la exclusión de su oferta y que se retrotraiga el procedimiento al momento anterior para que sea admitida ya que considera que el PCAP no contempla una prohibición de la subcontratación por las razones que expone en su escrito.

El 5 de junio 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 transponen 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). Solita la desestimación del recurso por las razones que se detallarán al resolver sobre el fondo.

Cuarto.- El expediente se encuentra suspendido por Acuerdo del Tribunal de 6 de junio de 2019.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Ha presentado alegaciones General Electric Healthcare España, S.A.U., en las que argumenta que la exclusión ha sido correcta puesto que la recurrente ha ofertado la subcontratación que resulta contraria a las cláusulas del Pliego. Por ello solicita la desestimación del recurso

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 una persona jurídica licitadora, excluida del procedimiento, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta 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 el acuerdo impugnado fue adoptado el 5 de abril de 2019, la recurrente se da por notificada el día 9 de mayo de 2019 mediante la publicación del Acta de la Mesa, e interpuesto el recurso en este Tribunal el día 29 de mayo de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se inadmite a la licitación la oferta de la recurrente, en el marco de un contrato de servicio con valor estimado 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 asunto la recurrente se opone a la exclusión de su oferta puesto que entiende que el apartado 22 de la cláusula 1 del PCAP *“tan solo afirma:*

“22.- Subcontratación. Prestaciones no susceptibles de subcontratación: No procede Indicación en la oferta de la parte del contrato que se pretenda subcontratar: [NO]” Como se observa lo que claramente se afirma es lo contrario, y en particular, que no hay prestaciones NO susceptibles de subcontratación.

La interpretación que nuestra empresa realizó es que estamos ante un pliego tipo donde señala en genérico “Prestaciones no susceptibles de subcontratación”, lo que quiere significar descomponiendo las expresiones: qué prestaciones no podríamos subcontratar; Y lo que sigue es que “no procede”, esto es, que NO existen prestaciones NO susceptibles de subcontratación. El PCAP solo vuelve a referirse a la subcontratación en su artículo 27 para referirse a la prohibición de subcontratación del tratamiento de datos personales sin autorización del Hospital San Carlos,...”

Por su parte el órgano de contratación justifica el Acuerdo de exclusión adoptado en la redacción del artículo 215 de la LCSP deduciendo que: *“tal y como establece el precepto legal anteriormente indicado, la posibilidad de subcontratar únicamente es admisible si se contempla en los pliegos y con sujeción a los mismos, debiendo, además regularse las condiciones de ésta”.* Reproduce el apartado 22 del PCAP y señala que *“La redacción de este apartado se ajusta de manera fiel a la ofrecida en el Pliego Tipo de Cláusulas Administrativas recomendados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid para los “contratos de Servicios - procedimiento abierto - Pluralidad de criterios”.*

Añade que *“Al margen de la interpretación que pueda hacer el recurrente sobre el apartado relativo a la subcontratación, cabe indicar, que esta misma redacción es la que figura en otros pliegos para la contratación de diversos servicios, puesto que se basa en el modelo del Pliego Tipo.*

Reflejar en el apartado destinado a regular la subcontratación (Cláusula 22 del PCAP) las palabras “No procede” y “No”, lejos de ser una interpretación de la Mesa,

obedece a la voluntad del órgano de contratación de inadmitir la modalidad de subcontratación en este tipo de servicio, expresiones que se han venido utilizando en otros procedimientos similares. De tal forma que, cuando es posible la subcontratación ésta se indica con toda claridad y en qué medida.

Si bien siguiendo la argumentación del recurrente, cabe expresar que, carece de sentido interpretar que el contrato es susceptible de subcontratación y además en su totalidad, por indicar en el apartado: “Prestaciones no susceptibles de subcontratación: NO PROCEDE”. A este respecto, también hacer hincapié, en la misma línea argumentativa, que además de admitir la subcontratación, la Administración no precisaría conocer la parte que se pretenda a subcontratar al disponer “Indicación en la oferta de la parte del contrato que se pretenda subcontratar: [NO]”.

Al margen de que sea o no correcta la argumentación del recurrente, ésta no se adecua de forma alguna a la voluntad del órgano de contratación, y por consiguiente a la intencionalidad del pliego, el cual viene a expresar las normas que han de regir la contratación.

En el caso que no ocupa, y dado que el contrato versa sobre el mantenimiento integral del equipamiento para diagnóstico por imagen, considerado un servicio público destinado a la prestación de la asistencia sanitaria, no se ha considerado conveniente que sea prestado en régimen de subcontratación por terceros, por ello en los apartados destinados a la subcontratación, se ha dispuesto “No Procede” y “No”.

En consecuencia, no podría admitirse la oferta presentada por ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA, S.L.U ya que el servicio lo prestaría en régimen de subcontratación”. Por todo ello solicita la desestimación del recurso.

Debe recordarse en primer lugar la obligatoriedad del Pliegos y la exigencia de que las proposiciones de los interesados se adecuen a lo dispuesto en los mismos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 139 de la LCSP.

Conviene señalar igualmente que el artículo 215.1 de la LCSP establece lo siguiente:

“1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo

establecido en las letras d) y e) del apartado 2º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero”.

Por lo tanto la interpretación lógica interpretarse del artículo lleva a concluir que la subcontratación está en principio permitida con carácter general, si bien con sujeción a lo que se establezca en los pliegos y no es correcta la interpretación del órgano de contratación que considera que solo es admisible si se contempla en los Pliegos. Resulta evidente que la Ley no dice eso.

Independientemente de esa interpretación, la cuestión en este caso estriba en ver qué es lo que dice el PCAP y claramente en la cláusula específica establece: *“El adjudicatario del contrato podrá concertar con terceros la realización parcial del mismo siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 215 de la LCSP,..”*, por lo tanto nos encontramos con la regla general de autorización de la subcontratación.

Además esa misma cláusula prevé que *“El contratista deberá comunicar por escrito al órgano de contratación, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie su ejecución, su intención de subcontratar, indicando las partes del contrato a que afectará y la identidad, datos de contacto y representantes legales del subcontratista, así como justificar la aptitud de éste por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, salvo si el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, y acreditando que no se encuentra incurso en prohibición de contratar.* Por tanto, cuando el apartado 22 de la cláusula 1 dice: *“prestaciones no susceptibles de subcontratación: no procede”* la interpretación lógica lleva a suponer que lo que no procede no es la subcontratación sino que no existen esas prestaciones no susceptibles de la misma.

Si se hubiera dicho en la cláusula correspondiente del PCAP que no se permite la subcontratación, la interpretación hubiera sido lógicamente distinta pero la redacción del Pliego obliga a sostener la primera.

Por otro lado, al señalar el mismo apartado 22, *“Indicación en la oferta de la parte del contrato que se pretenda subcontratar: [NO]”*, está de nuevo en consonancia con lo previsto en la cláusula 30, que como hemos visto remite la comunicación de la parte que se pretende subcontratar al adjudicatario, tras la adjudicación del contrato por lo que el *“NO”* del apartado 22 ha de referirse a que no procede en este momento indicar la parte del contrato que se tiene intención de subcontratar.

En consecuencia, a la vista del Pliego y teniendo en cuenta como ya ha señalado el Tribunal en diversas ocasiones, Resolución 24/2019 entre otras, que *“Las cláusulas de un contrato deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas” (artículo 1285 Código civil). Los Pliegos forman parte del eventual contrato y, por ende, es válida la aplicación de los criterios interpretativos de los contratos del Código civil”*, debe concluirse que la recurrente ha presentado su proposición de acuerdo con el PCAP y por tanto el recurso debe ser estimado, anulando el Acuerdo de exclusión y retrotrayendo el procedimiento al momento anterior a la misma para que su oferta sea admitida.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don C.L.A., en nombre y representación de ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA, S.L.U., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 5 de abril de 2019, por el que se excluye su proposición a la licitación del contrato *“Servicio de mantenimiento integral del equipamiento para diagnóstico por imagen del Hospital Clínico San Carlos”* número de expediente PA2 2018-4-174, anulando dicho acuerdo y retrotrayendo el procedimiento al momento anterior para que su oferta sea admitida.

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.- Al haberse anulado el Acuerdo de la Mesa queda sin efecto la suspensión acordada por el Tribunal con fecha 6 de junio de 2019.

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.