

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

En Madrid, a 10 de octubre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.B.P., en representación de la empresa SMG Iberia, S.L. (SMG), contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal por la que se adjudica el contrato de “Suministro de dos equipos electrógenos para el Hospital Universitario Ramón y Cajal” número de expediente ST/2018/08 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE de fecha 8 de marzo de 2018, en el BOE de fecha 27 de marzo, en el BOCM de fecha 8 de marzo y en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 15 de marzo, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con único criterio.

El valor estimado de contrato asciende a 1.095.000 euros.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron cinco ofertas.

Previos los trámites pertinentes la Mesa de contratación en su sesión de fecha 6 de junio de 2018, acordó la propuesta de clasificación de las ofertas presentadas a esta licitación, siendo la primera Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, S.A., a la cual se requirió a fin de que aportase la documentación reflejada en el apartado 16 de la cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Con fecha 27 de junio la Mesa de contratación acuerda, a la vista de la documentación aportada por Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A., conceder trámite de subsanación de la documentación relativa a la solvencia técnica de la empresa y en concreto a los certificados del fabricante de los equipos.

Con fecha 6 de julio y mediante correo electrónico se notifica a ACISA que la Mesa de contratación en su sesión de fecha 4 de julio ha procedido al estudio de la documentación aportada, acordando que no es correcta, concretamente por aportar certificados emitidos por el comercializador de los equipos y no por el fabricante, tal y como se exponía en el PCAP. Por lo cual en aplicación del artículo 151.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se considera retirada su oferta.

Mediante Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal de fecha 5 de julio se notifica a SMG, como segunda clasificada, la consideración de oferta retirada por parte de ACISA en los siguientes términos: *“Pongo en su conocimiento que en el procedimiento «suministro de dos grupos electrógenos para el Hospital, a adjudicar por pluralidad de criterios», ha sido seleccionado como adjudicatario conforme a los términos de su oferta al considerarla como económicamente más ventajosa.”* Así mismo se requiere la presentación de la documentación que se relaciona en el PCAP en el plazo de 10 días hábiles.

Con fecha 17 de julio Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A. se dirige al servicio de contratación del Hospital Universitario Ramón y Cajal con el fin de que se consideren los nuevos certificados que aporta, argumentando que los anteriores adolecían de un error producido por SINEPOWER, fabricante de los equipos.

Con fecha 25 de julio la Mesa de contratación admite la nueva documentación aportada y propone al órgano de contratación la adjudicación del contrato a favor de Aeronaval de Construcciones e instalaciones S.A.,

Con fecha 26 de julio de 2018, se adjudica el contrato mediante Resolución del Director Gerente del Hospital. Siendo notificada al resto de licitadores el 21 de agosto. En dicha resolución no consta información alguna sobre el requerimiento de documentación a dos licitadoras.

Tercero.- El 11 de septiembre de 2018 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de SMG Iberia S.L., en el que solicita la anulación de la adjudicación y que una vez se proceda a la revisión de la documentación presentada se adjudique el contrato a su favor.

El 17 de septiembre el órgano de contratación remitió copia del 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 (LCSP).

Cuarto.- Con fecha 19 de septiembre de 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

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. ACISA con fecha 2 de octubre presenta escrito de alegaciones mediante el cual manifiesta que subsanada su documentación ha conseguido la adjudicación del contrato, no habiendo motivo alguno para anular la resolución dictada.

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 licitadora clasificada en segundo lugar *“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 el acuerdo impugnado fue adoptado el 26 de julio de 2018, practicada la notificación el 21 de julio de 2018, e interpuesto el recurso, en el Registro de este Tribunal el día 11 de septiembre de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación en un contrato de suministros 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.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal de la Comunidad de Madrid por la que se adjudica el contrato.

Pretende la recurrente la revocación del acuerdo de adjudicación de fecha 26 de julio, en base a la existencia de otro acuerdo del mismo órgano y de fecha 5 de julio, por el cual se la considera a ella como adjudicataria.

Opone así mismo que ha cumplido con las exigencias documentales que impone el PCAP en su cláusula 15, no existiendo motivo alguno para adjudicar el contrato a una empresa que fue excluida a la licitación.

Así mismo manifiesta la falta de información por parte de órgano de contratación sobre el desarrollo del procedimiento de adjudicación.

El órgano de contratación reconoce la falta de notificación a la recurrente de los hechos acaecidos, manifestando su conformidad con la adjudicación efectuada y correctamente notificada.

Admite que “por ganar tiempo” requirió a la segunda clasificada (un día antes de la consideración de oferta retirada a la presentada por ACISA) la documentación relacionada en la cláusula 15 del PCAP, no volviendo a comunicar a esta empresa ninguno de los hechos acontecidos con posterioridad.

Justifica la aceptación de la segunda subsanación de la documentación aportada por ACISA, en que su estudio y validación por parte de la Mesa de contratación fue anterior al estudio y validación de la presentada por SMG.

Este Tribunal previo examen del expediente aportado comprueba que la Mesa de contratación a la vista de la inicial documentación presentada otorga un plazo de subsanación a ACISA en concordancia con la naturaleza de los documentos a subsanar y que vienen a acreditar la solvencia técnica.

La subsanación versaba sobre los siguientes documentos:

- Certificado o declaración responsable por parte del fabricante de que el equipo tiene capacidad de admitir e 100% de la potencia de golpe, según la norma NFPA110.
- Certificado o declaración responsable por parte del fabricante de que el equipo está conforme a los requerimientos de aceptación de carga clase G3 según ISO8520-5.
- Certificado o declaración responsable por parte del fabricante garantizando el suministro de repuesto durante al menos 10 años.

La subsanación efectuada no es adecuada, pues si en inicio no fueron aportados los certificados mencionados anteriormente y en la fase de subsanación los certificados emitidos no lo fueron por el fabricante de los equipos sino por el comercializador de estos.

Ante la situación de subsanación incorrecta de la documentación acreditativa de la solvencia técnica, la Mesa de contratación en aplicación del artículo 151.2 del TRLCSP considera retirada la oferta y acuerda requerir la documentación a la segunda clasificada.

El artículo 146 del TRLCSP establecía cuales eran los documentos a aportar por el licitador en el denominado sobre número 1 o sobre A que contenía la documentación administrativa. Así mismo, de conformidad con el artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo, correspondía a la Mesa de contratación la calificación de esta documentación, su aceptación, en caso contrario requerir al licitador de su subsanación y finalmente admitir o rechazar a oferta por su calificación. Con la modificación de ese artículo a través de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización esta relación

de documentos no son aportados al inicio de la contratación, sino en otro momento procesal, siendo suficiente para licitar declarar responsablemente sobre el cumplimiento de todos los requisitos que figuren en el PCAP así como de los generales de capacidad para contratar con la administración.

Tal y como establece el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid número 2/2014 en su recomendación número 4, *“la calificación de la documentación a que se refiere el artículo 146.1 del TRLCSP se ha de efectuar por la Mesa de contratación...siempre que sea posible, se efectuara en la misma sesión de la Mesa de contratación la calificación de la documentación presentada por el licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa y la propuesta de adjudicación de contrato”*.

Es unánimemente admitida la subsanación de la documentación recogida en el artículo 146 del TRLCSP aunque sea en la fase de adjudicación del contrato y no al inicio de la licitación. Valga por todas la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado relativa a la utilización del DEUC (en concreto punto 1.8.1 y 1.8.2).

Efectuados estos trámites, el TRLCSP es diáfano a la hora de describir cuál es el procedimiento de clasificación de las ofertas y posterior adjudicación, estableciendo en su artículo 151.1: *“El órgano de contratación clasificará por orden decreciente...”*, apartado 2: *“El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles presente la documentación justificativa...”*

...De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas. Culmina su apartado 3: “El órgano de contratación deberá adjudicar el contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación”.

Comprobado que todos los trámites se ha seguido fielmente a la normativa aplicable así como en relación con la interpretación doctrinal de la materia, es indudable que el acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 25 de julio por el cual se “recupera” la oferta presentada por ACISA admitiendo fuera de plazo a una oferta excluida por defectuosa tras un trámite de subsanación, carece de todo fundamento jurídico y supone una doble subsanación no admitida en nuestro ordenamiento.

Especial mención a este supuesto efectúa el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 793/2016, donde dice:

“Como este Tribunal afirmó en su Resolución 78/2013, de 14 de febrero, si bien es cierto que la jurisprudencia mantiene una postura contraria a un excesivo formalismo que conduzca a la inadmisión de proposiciones por simples defectos formales, en detrimento del principio de concurrencia que ha de presidir la contratación pública (por todas, Resoluciones de este Tribunal 237/2012, de 31 de octubre, y 271/2012, de 30 de noviembre, e informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 26/97, de 14 de julio, 13/92, de 7 de mayo, y 1/94, de 3 de febrero, entre otros muchos), tampoco resulta exigible una subsanación de la subsanación, pues ello podría vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 y 139 del TRLCSP), habiendo declarado este Tribunal en la Resolución 39/2011, de 24 de febrero de 2011 que ‘parece claro que la Ley reclama que se conceda un plazo para la subsanación de los errores que puedan existir (y sean subsanables) en la documentación general presentada por las empresas que pretenden participar en una licitación pública. Pero una vez vencido dicho plazo, la Administración contratante decide su admisión o no al proceso de licitación en función de la documentación de subsanación recibida y procede a continuación dar paso a la fase siguiente del procedimiento. No cabe, por tanto, requerir un nuevo plazo de subsanación de nuevos defectos, ni aportar como prueba nuevos documentos no presentados en el momento procesal oportuno.”

En consecuencia no puede admitirse una subsanación de lo subsanado o bien una subsanación fuera de plazo, siendo ambos los actos acontecidos en el

recurso que nos ocupa.

Así mismo, el acto de requerimiento de documentación a la hoy recurrente, previo a la adjudicación y adoptado por el Director Gerente del Hospital, como órgano de contratación, mediante Resolución de fecha en fecha 5 de julio, impide la retroacción de facto del procedimiento, que es en definitiva el contenido del acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 25 de julio. Un acuerdo de la Mesa de contratación, no puede anular una resolución del órgano de contratación, que se constituye como acto administrativo, sin perjuicio de que el acuerdo de clasificación de ofertas no confiere derecho alguno al propuesto como adjudicatario, de conformidad con el artículo 160.2 del TRLCSP

Por todo lo cual procede la estimación del recurso interpuesto anulando el procedimiento hasta el requerimiento de documentación a la segunda clasificada SMG Ibérica S.L.

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 J.B.P., en representación de la empresa SMG Iberia S.L. (SMG), contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal por la que se adjudica el contrato de “Suministro de dos equipos electrógenos para el Hospital Universitario Ramón y Cajal” número de expediente ST/2018/08, retrotrayendo el procedimiento hasta el requerimiento de documentación a la recurrente mediante acuerdo del órgano de contratación de fecha 5 de julio de 2018

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 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.