

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

En Madrid, a 9 de marzo de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Tecnovida Ibérica S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 3 de febrero de 2023, por el que se excluye su oferta por no acreditar la solvencia técnica requerida en el procedimiento de adjudicación del lote 3 del contrato de “Suministro de equipamiento del servicio de teleasistencia avanzada para la incorporación de tecnologías para la autonomía y cuidados domiciliarios con cargo al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia –fondos Next Generations- promovido por la Consejería de familia, juventud y política social de la Comunidad de Madrid”, número de expediente A/SUM-02574/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el Portal de contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 7 y 5 de octubre de 2022 respectivamente, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 3 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 32.526.052,03 euros y su plazo de duración será de 6 meses.

A la presente licitación se presentaron 4 licitadores, entre los que se encuentra el recurrente.

Segundo.- Antecedentes

Tras la tramitación de la licitación del contrato que nos ocupa se procedió a solicitar a los primeros clasificados de todos los lotes la documentación que se establece en el artículos 140 y 150.2 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 (LCSP).

En relación con el lote tres, objeto de este recurso, la mesa de contratación requirió la documentación anteriormente mencionada a Tecnovida Ibérica S.L. y a Climax Technology CO. Ltd, empresa a la que recurría la licitadora para completar su solvencia por medios externos.

En plazo y forma se presentó la documentación requerida, a excepción del aval bancario que en lugar de emitirse sin plazo, se le dio este en fecha 3 de septiembre de 2027.

Ante el error en la redacción del aval, se solicitó la ampliación de plazo para subsanar dicho error. No se obtuvo respuesta a la solicitud de ampliación de plazo.

Con fecha 25 de enero, la mesa de contratación notificó las subsanaciones que las empresas con ofertas clasificadas en primer lugar deberían de subsanar, en el caso que nos ocupa aparte de la garantía, solicitaban subsanación de la solvencia técnica.

Para todos ellos se otorgó un plazo de tres días. Dicho plazo se iniciaba el 26 de enero, por lo que terminaba el 29 de enero.

Con fecha 28 de enero la recurrente entrega la documentación solicitada.

El 3 de febrero de 2023 la mesa de contratación considera que la documentación presentada por la recurrente *“no acredita el cumplimiento del criterio de selección de la solvencia técnica, al no aportar justificantes de suministros que alcancen la cifra de 9.284.594,97 euros, exigida para el lote 3 en el apartado 6.2 de la cláusula 1 del PCAP (...) Asimismo, no justifica la constitución de garantía definitiva en plazo al aportar un resguardo de garantía de seguro de caución de fecha 26 de enero, posterior al fin del plazo de presentación de 9 de enero de 2023”* por lo que considera que la oferta ha sido retirada.

Tercero.- El 27 de febrero de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Tecnovida Ibérica S.L., en el que solicita la anulación de la exclusión de su oferta y la consideración de la válida acreditación de su solvencia técnica.

El 7 de marzo de 2023, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 2 de febrero de 2023, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, debido a la posibilidad cierta de poder llegar en la tramitación del expediente de licitación hasta la formalización del contrato con el segundo clasificado.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el

recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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 excluida, *“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 3 de febrero de 2022, practicada la notificación el 7 de febrero de 2023, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 7 de febrero de 2023 dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso y dando por reproducidos lo hechos ya expuestos en esta resolución, se centra en la correcta acreditación de la solvencia

técnica y la correcta rectificación en plazo y forma de la garantía, requerida ambas en el lote 3 del contrato que nos ocupa.

El recurrente recuerda que en un primer momento la garantía obtenida con fecha 5 de enero de 2023, contenía un defecto en cuanto al plazo de vigencia. Recuerda asimismo que solicitó una ampliación de plazo para lograr una nueva garantía con carácter indefinido, la cual alcanzó en fecha 9 de enero de 2023. Recuerda asimismo que la subsanación otorgada por el órgano de contratación tenía un plazo de hasta el 29 de enero.

Considera que si el órgano de contratación otorga un plazo de subsanación no puede posteriormente ir contra sus propios actos y no admitir la garantía si se ha constituido con fecha posterior al primer requerimiento de documentación, pues en ese caso no admite la subsanación que el mismo otorga.

En cuanto a la falta de acreditación de la solvencia técnica, pone en conocimiento de este Tribunal, que el requerimiento de subsanación se refería única y exclusivamente a la documentación aportada por Tecnovida Ibérica S.L. y que verdaderamente se componía de una declaración de su apoderado, en consecuencia en trámite de subsanación se procedió a presentar documentación que se consideró suficiente.

El problema radica que, en la motivación del acuerdo de la mesa de contratación, se expresa que la falta de acreditación de la solvencia no sólo recaía en Tecnovida, sino también en la aportada por Climax Technology CO Ltd., la cual acreditó su solvencia técnica a través de auditorías (traducidas) efectuadas por prestigiosa consultoría.

Destaca que en ningún momento se requirió directamente a Climax o a través de su propio requerimiento de subsanación alguna de su documentación, por lo que la exclusión acordada produce una clara indefensión.

Por su parte el órgano de contratación en defensa de su actuación manifiesta que en relación con la solvencia técnica, esta no fue acreditada según se establece en el PCAP ni en la LCSP, razón por la cual se solicitó su subsanación.

En este punto es interesante conocer el contenido del apartado 6.2 de la cláusula 1 del PACP que refiere directamente como forma de acreditar la solvencia técnica al artículo 89.1 a) de la LCSP:

Artículo 89.1.a) de la LCSP: *“Una relación de los principales suministros 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 suministros pertinentes efectuados más de tres años antes. Cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación, los suministros 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”.*

Estableciendo el PCAP el siguiente criterio de selección: *“como criterio de selección se ha establecido la relación de los principales suministros efectuados, en los tres últimos años, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% del valor estimado de cada lote, esto es, a los siguientes importes:*

LOTE 1:7.607.161,58

LOTE 2:5.876.479,88

LOTE 3:9.284.594,97

El parámetro para considerar suministros de igual naturaleza al del contrato, serán los siguientes códigos CPV:

Código CPV: 32500000-8 Equipo y material para telecomunicaciones.

Código CPV: 32510000-1 Sistema inalámbrico de telecomunicaciones.

Código CPV: 38431000-5 Aparatos detectores.

Código CPV: 33196100-1 Aparatos para las personas de avanzada edad

Bastará con la acreditación de suministros que comprendan al menos uno de los CPV referidos”.

Asimismo determina la forma de acreditación: *“Los suministros 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 del suministro; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente”.*

La documentación entregada en un primer momento por Tecnovida estaba formada por una declaración de la propia empresa a través de su apoderado y una relación de facturas sin firmar ni sellar. Asimismo se incluían determinadas cartas de referencias de distintas empresas e instituciones que no contenían los datos requeridos.

En cuanto a la documentación aportada por Climax, consistía en una declaración del apoderado de la empresa más una auditoria con muestreo de 100 facturas que considera auténticas y cuyos datos no son aportados ni documentados por considerar esta empresa que son datos confidenciales.

Considerando la mesa de contratación no admisible esta forma de acreditar la solvencia técnica, pero siendo un defecto subsanable, procedió a tal efecto a requerir

Tecnovida, entendiéndose que siendo esta mercantil la que acreditara su solvencia con medios externos, ella misma deberá de velar por la adecuación de la documentación de la empresa de la que se sirve.

La subsanación de documentos acreditativos y válidos de la solvencia técnica presentada por Tecnovida alcanza en el año de mayor facturación un total de 565.000 euros, muy lejos de los 9.284.594,97 euros que se requerían.

Como es sabido, los pliegos conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

En el presente caso, además, el PCAP coincide en su redacción con la norma legal correspondiente, por lo que su sentido y aplicación no ofrecen duda alguna.

Por todo ello se considera que la solvencia técnica de Tecnovida no ha sido acreditada de conformidad con lo establecido en el artículo 89 de la LCSP y en el PCAP, en consecuencia se desestima el recurso en base a este motivo.

Si bien la falta de acreditación de la solvencia, es motivo por si solo para considerar la oferta de Tecnovida retirada al amparo del artículo 150.2 de la LCSP, este Tribunal considera entrar a conocer el segundo motivo del recurso planteado y que afecta a la garantía definitiva.

Indica el órgano de contratación que Tecnovida presentó ante la Caja General de Depósitos un aval expedido por La Caixa y con fecha límite de vencimiento. Asimismo afirma que el interesado fue informado por los servicios de la Tesorería que podía ingresar el aval y posteriormente el órgano de contratación le solicitaría subsanación. Afirman que dicho aval no fue nunca ingresado en la Caja General de Depósitos, separándose en la narración de los hechos totalmente de los indicados por el recurrente que afirma la imposibilidad de ingresar en dicha oficina un aval que incurre en un error.

De la veracidad de los hechos se desprende la inadmisión del segundo aval aportado, que no es el inicial rectificado, sino uno nuevo a través de seguro de caución. Este hecho es determinante, pues una cuestión es subsanar lo que existe y sobre lo que adolece de error y otra distinta presentar un nuevo documento.

Comprobado el expediente de licitación remitido por el órgano de contratación, efectivamente nos encontramos con un nuevo documento que responde por la garantía definitiva, por lo que solo podemos concordar con el órgano de contratación sobre la extemporaneidad de su presentación y el atentado a los principios de igualdad entre licitadores si se admitiese dicho seguro de caución como forma de acreditar la garantía definitiva del contrato.

Por todo ello se desestima este segundo motivo de recurso.

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 legal de Tecnovida Ibérica S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 3 de febrero de 2023, por el que se excluye su oferta por no acreditar la solvencia técnica requerida en el procedimiento de adjudicación del lote 3 del contrato de “Suministro de equipamiento del servicio de teleasistencia avanzada para la incorporación de tecnologías para la autonomía y cuidados domiciliarios con cargo al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia –fondos Next Generations- promovido por la Consejería de familia, juventud y política social de la Comunidad de Madrid”, número de expediente A/SUM-02574/2022, por defectos en la documentación requerida que llevan a entender la retirada de la oferta por parte de Tecnovida de conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática acordada por este Tribunal el 2 de febrero de 2023.

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.