

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

En Madrid, a 22 de mayo de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.M.M. en nombre y representación de UNITRONICS COMUNICACIONES, S.A. contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 23 de marzo de 2018, por el que se inadmite su oferta en el procedimiento de licitación del contrato “Suministro de elementos para la renovación tecnológica de la red wifi municipal del Ayuntamiento de Rivas-Vaciamadrid”, número de expediente: 000114/17-CMAY, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 15 de enero de 2018, se publicó respectivamente en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Rivas y en el DOUE y el 23 de enero en el BOE y en el BOCM, la convocatoria para la licitación del contrato de suministro de referencia, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 261.157,03 euros.

Segundo.- Interesa conocer a efectos de la resolución del recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece que la solvencia técnica deberá acreditarse incorporando en el Sobre nº 1 entre otra documentación:

“• Certificación de calidad OSHAS 18.001”

A la licitación convocada se presentaron tres empresas una de ellas la recurrente.

Tercero.- Con fecha 9 de marzo de 2018, se le notificó a UNITRONICS el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se le concedía un plazo de 3 días hábiles desde la recepción de la notificación a efectos de subsanar las deficiencias detectadas en la plica presentada (sobre nº 1, documentación administrativa, en su apartado de solvencia técnica), correspondiente a la falta de documentación acreditativa de la certificación de calidad OSHAS 18.001 requerida en la Cláusula 8 del PCAP.

El día 14 de marzo de 2018 la empresa presenta en el registro del órgano de contratación determinada documentación, entre otras el certificado OSHAS 18.001 otorgado al Servicio de Prevención Ajeno (SPA) PREMAP SEGURIDAD Y SALUD, S.L.U, que UNITRONICS ha contratado, así como el de QUIRÓN PREVENCIÓN, S.L., actual prestadora del SPA por haber absorbido a PREMAP.

La Mesa de contratación en su reunión de 22 de marzo de 2018, examinada la documentación presentada por todas las empresas, da cuenta de que la empresa UNITRONICS no ha aportado toda la documentación solicitada en trámite de subsanación, por lo que acuerda su exclusión de la licitación.

Este acuerdo se comunicó a la recurrente el día 27 de marzo de 2018 mediante carta certificada.

Cuarto.- Con fecha 19 de abril de 2018, se interpuso por la representación de UNITRONICS recurso especial en materia de contratación contra su exclusión del

procedimiento, ante el órgano de contratación solicitando la nulidad de pleno derecho del acto de trámite, de 15 de marzo de 2018, dictado por la Técnico de Prevención del Ayuntamiento de Rivas, por el que se determina de facto la exclusión de la propuesta presentada por UNITRONICS, al haber sido dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia y la nulidad del acuerdo adoptado por la Mesa de Contratación, de 23 de marzo de 2018 por vulneración del principio de legalidad de la Administración y de los principios de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y por ser contrario a los artículos 63 y 82.1 TRLCSP y al criterio sostenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en materia de admisión de la integración con medios ajenos de la solvencia técnica referida a la empresa licitadora.

El órgano de contratación remitió el 10 de mayo de 2018, al Tribunal el informe preceptivo junto con el expediente administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo establecido en el artículo 56 de la LCSP y solicita la inadmisión del recurso y la imposición de multa por temeridad.

Quinto.- Con fecha 16 de mayo de 2018, el Tribunal acordó suspender la tramitación del expediente de contratación.

Sexto.- 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. Dentro del plazo concedido ha presentado escrito Pentatel Comunicaciones S.L., en las que argumenta que cuenta con un servicio de prevención ajeno y además tiene la certificación OHSAS 18001 acreditada por EQA (European Quality Assurance), empresa homologada por ENAC (Entidad Nacional de Acreditación). Por tanto considera que una entidad solo cuenta con la certificación OHSAS 18001 cuando es la propia entidad quien es auditada y certificada, y en ningún caso obtiene dicha certificación ni sus coberturas, desde empresas colaboradoras o proveedores de cualquier ámbito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido -Acuerdo de la mesa de contratación de fecha 23 de marzo de 2018, por el que se declara la exclusión de UNITRONICS- fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, el 9 de marzo de 2018.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de un licitador excluido “cuyos derechos o intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectado, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto de recurso”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el acto de exclusión de un contrato de suministro de valor estimado superior a 100.00 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.a) y 2. b) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición el Acuerdo fue notificado el 27 de marzo de 2018 e interpuesto el recurso el 19 de abril, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP, por lo que el recurso especial se planteó en tiempo y forma.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el mismo se contrae a analizar la adecuación

a derecho de la exclusión de la oferta de la recurrente al no haber subsanado el requerimiento que le fue efectuado para que aportara documentación acreditativa del cumplimiento de uno de los requisitos de solvencia técnica.

Previamente se debe advertir que UNITRONICS alega que el acto de fecha 15 de marzo de 2018, dictado por la Técnico de Prevención del Ayuntamiento de Rivas Vaciamadrid, por el que se determina que UNITRONICS, no acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, puesto que *“no puede considerarse que la documentación aportada subsane el requisito de solvencia técnica establecido”*, es un acto nulo de pleno derecho, al haber sido dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia ya que corresponde expresamente a la Mesa de contratación la función de exclusión de las ofertas que incurran en cualquiera de las causas previstas en los pliegos que rigen la licitación, de conformidad con lo establecido en el artículo 320 TRLCSP y en los artículos 21 y 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

El órgano de contratación opone que el acto recurrido es un Acuerdo de la Mesa de contratación, órgano competente, y que es un hecho no discutido por el recurrente.

Efectivamente considera el Tribunal que del contenido del recurso se deduce que se interpone contra el acto de trámite cualificado adoptado en el procedimiento; el Acuerdo de la Mesa de contratación de 23 de marzo, que se basa en el informe previo solicitado a los servicios técnicos emitido el 15 de marzo, asesoramiento para cuya solicitud está facultada la Mesa de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 21. 5 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo.

Por otra parte, la apreciación contraria solo determinaría la inadmisión por no tratarse el citado informe de un acto susceptible de recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la LCSP.

Por todo ello, procede conocer de los motivos de fondo alegados por la recurrente contra el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación.

En primer lugar alega la recurrente en cuanto a la exigencia de un certificado de calidad en materia de prevención de riesgos laborales; OHSAS 18.001, que conforme a lo permitido en el artículo 30.1 de la LPRL, ha optado por la modalidad preventiva de concierto con un servicio de prevención ajeno, opción que es plenamente ajustada a derecho y válida y eficaz para organizar de manera racional y flexible el desarrollo de la acción preventiva en su organización, habiendo acreditado la solvencia técnica requerida con medios ajenos, mediante la prueba de haber celebrado el concierto de prestación de servicios entre la empresa y un servicio de prevención ajeno, debidamente autorizado, que cuenta con la certificación OHSAS 18001. Todo lo cual es conforme con lo establecido en el artículo 80.2 y 63 del TRLCSP y con numerosas resoluciones de los tribunales especiales.

Alega que su exclusión vulnera los principios que rigen la contratación pública ya que los Pliegos no pueden discriminar ni dar un trato diferenciado a aquellos operadores económicos que hayan optado por un servicio de prevención ajeno frente a los que disponen de un servicio propio de prevención.

El órgano de contratación opone que el Pliego no exige ni limita la forma de prestación de los servicios de prevención de los licitadores, con servicio propio o ajeno, circunstancia que no es óbice para el cumplimiento y acreditación de la certificación de calidad, cualquiera que sea la opción elegida por la empresa.

Explica que *“OHSAS 18.001 es un estándar voluntario que establece los requisitos para evaluar y certificar el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo, cuyo objetivo es obtener ventajas competitivas y económicas en mercados nacionales e internacionales.”* Por tanto distinto del cumplimiento de las obligaciones exigidas por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que se pueden llevar a cabo mediante un servicio de prevención con medios propios o ajenos.

En este sentido se han manifestado los servicios técnicos municipales en su informe de 3 de mayo evacuado en contestación la recurso en que señalan que *“La norma OHSAS 18.001 es aplicable a cualquier organización independientemente de su tamaño, tipo o actividades para la gestión de los riesgos, por tanto, cualquier organización independientemente de su modalidad preventiva (haya optado por un servicio de prevención propio o ajeno) puede certificar su sistema de gestión de la prevención de riesgos laborales en OSHAS 18.001.*

Así pues, no se establece ningún trato discriminatorio por razón de la modalidad preventiva ya que cualquier empresa con servicio de prevención ajeno, como es el caso de UNITRONICS COMUNICACIONES S.A. puede disponer de la certificación solicitada”.

Añade que no cabe su acreditación mediante medios ajenos como tiene manifestado este Tribunal en la Resolución 59/2017 de 22 de febrero, sin perjuicio de que sea posible su acreditación mediante cualquier otro medio equivalente si bien tampoco la recurrente lo acredita de esa manera.

Se debe recordar que 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 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Comprueba el Tribunal que en el acuerdo de exclusión se indica como único motivo la no acreditación de dicho requisito. Por tanto, no se discute la licitud ni oportunidad de la decisión empresarial de contar con un servicio de prevención propio o ajeno sino que, sea cual sea la opción elegida, el licitador debe acreditar, como un requisito de solvencia de la empresa licitadora, la certificación de calidad en materia

de prevención de riesgos laborales exigida que, como alega el órgano de contratación en su informe, se trata de un plus de calidad voluntario y distinto al cumplimiento de las obligaciones legales en materia de prevención de riesgos laborales.

Constan en el expediente las certificaciones aportadas por la recurrente otorgadas a PREMAP y QUIRON, por tanto entidades distintas a UNITRONICS, además en las mismas se indica expresamente, entre otras circunstancias, los establecimientos a los que abarca la certificación emitida, todos ellos pertenecientes a las empresas certificadas.

Según establece el artículo 63 del TRLCSP *“Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.”*. En el mismo sentido el artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y el 75 de la nueva LCSP, puntualizan además que es condición sine qua non acreditar que se dispone de ellos durante toda la ejecución del contrato y que van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades.

En este caso, el objeto del contrato es un suministro a prestar por la licitadora exclusivamente, no siendo el objeto propio de la actividad de un Servicio de Prevención de ajeno, que son empresas especializadas en el área de prevención de riesgos laborales que ofrecen a otras empresas sus servicios para el desarrollo de las actividades preventivas exigidas legalmente a éstas.

Por otro lado, como bien señala el órgano de contratación es criterio doctrinal reiteradamente manifestado por los Tribunales que *“los certificados acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental sólo garantizan esta circunstancia respecto de la empresa y la actividad de ésta para las cuales se han expedido. De manera que por la propia naturaleza del criterio debe ser*

acreditado por cada empresa, puesto que el cumplimiento de las normas de garantía de calidad es una circunstancia individual y exclusiva que no puede trasladarse de una a otra empresa, como podría ocurrir con otros elementos de la actividad empresarial, por ello que no cabe aplicar el artículo 63 del TRLCSP relativo a la integración de la solvencia con medios externos.”(Resolución 59/2017, de 22 de febrero).

En consecuencia, no habiendo subsanado debidamente UNITRONICS el requerimiento efectuado se debe concluir que la actuación de la Mesa de contratación acordando la exclusión del procedimiento, es conforme a derecho.

Sexto.- Por último procede manifestarse respecto a la petición realizada por el órgano de contratación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.5 del TRLCSP (actual 58 de la LCSP) solicitando la imposición de una multa al haber existido temeridad en la interposición del recurso.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse “cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril de 1990, “La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”.

La Sentencia número 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal “ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando

las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita”.

A la vista del contenido del recurso, considera el Tribunal que la recurrente hace una argumentación fundamentada de su pretensión, aunque errónea, al considerar que la certificación OSHASS 18.001 obtenida por su SPA extiende su efectos a más allá del ámbito de las obligaciones legales en materia de prevención de riesgos laborales a que está obligada UNITRONICS, cuando se trata de un certificado voluntario al que puede optar no solo un SPA sino cualquier empresa, como garantía adicional de solvencia profesional.

No se advierte, por tanto, la existencia de un abuso del derecho ni temeridad en el planteamiento del mismo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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, interpuesto por don J.M.M. en nombre y representación de UNITRONICS COMUNICACIONES, S.A. contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 23 de marzo de 2018, por el que se inadmite la oferta presentada por la recurrente a la licitación del contrato “Suministro de elementos para la renovación tecnológica de la red wifi municipal del Ayuntamiento de Rivas-Vaciamadrid”, número de expediente: 000114/17-CMAY.

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 acordada por este Tribunal el 16 de mayo de 2018.

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.