

Recurso nº 416/2021

Resolución nº 441/2021

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

En Madrid, a 23 de septiembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de INSTITUTO DE CERTIFICACIÓN ICDQ,S.L.(en adelante ICDQ) contra la Resolución de 19 de julio de 2021, posteriormente modificada el 16 de agosto de 2021, del Director Gerente del Hospital Universitario La Paz por la que se le excluye del procedimiento de licitación, para el Lote 2, del Acuerdo Marco para la contratación de “Servicios para la realización de auditorías de sistemas de gestión, Hospital Universitario La paz y centros dependientes” número de expediente P.A.(A.M.) 13/2021 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 28 de mayo de 2021 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el 3 de junio de 2021 en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes

El valor estimado de contrato asciende a 400.000 euros y su plazo de duración será de 24 meses

A la presente licitación se presentaron siete empresas.

Segundo.- Mediante Resolución, de 19 de julio de 2021, del Director Gerente del Hospital La Paz, posteriormente modificada el 16 de agosto de 2021. se acordó homologar a las empresas que cumplían con los requisitos que se establecían en los pliegos, así como excluir a aquellos licitadores cuya oferta no se ajusta a las características técnica exigidas en los PPT, en concreto queda excluido ICDQ por “*No cumple, no certifican de acuerdo a las Normas indicadas en el PPT*”

Tercero.- El 1 de septiembre de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ICDQ en el que solicita la nulidad de los pliegos de prescripciones técnicas y subsidiariamente para el caso de que no se declare la nulidad de los pliegos solicita la anulabilidad de la exclusión de la recurrente.

El 20 de septiembre de 2021 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 (LCSP) solicitando la desestimación del recurso y que se declare el levantamiento de la suspensión automática en que en aplicación del artículo 53 de la LCS se encuentra el procedimiento de contratación

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales

(RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018 a pesar de haber mostrado su oposición el órgano de contratación, al resolverse el presente recurso en el plazo establecido para pronunciarse sobre las medidas cautelares.

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 del procedimiento de licitación, “*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 19 de julio de 2021, posteriormente modificado el 16 de agosto de 2021, practicada la notificación el 16 de agosto e interpuesto el recurso el

1 de septiembre de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

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

Quinto.- A los efectos de la resolución del presente recurso interesa destacar el apartado 3 del pliego de prescripciones técnicas.

“3. CONTENIDO DE LOS SERVICIOS

Los servicios, que se realizarán en todo caso bajo la supervisión e inspección de la Subgerencia del Hospital y del responsable del Sistema de Gestión Integrado (SGI), consistirán principalmente en la realización de las auditorias (iniciales, renovación y seguimiento) de los sistemas de gestión de:

(...)

Lote 2- Auditorías externas o de certificación:

- Sistema de Gestión de Calidad, según la Norma UNE-EN ISO 9001:2015*
- Sistema de Gestión Ambiental, según la Norma UNE-EN ISO 14001:2015*
- Sistema de Gestión de la Inocuidad de los alimentos. Norma ISO 22000:2018*
- Sistemas de Gestión de la Responsabilidad Social. IQNet SR 10*
- Sistema de Gestión de Compras de Valor Añadido. Norma UNE 15896: 2015*
- Sistema de Gestión De Riesgos para la seguridad del paciente. Norma UNE 179003:2010.*
- Objetivos de Desarrollo Sostenible*

El contenido concreto de los servicios se definirá en la solicitud de oferta de cada uno de los contratos específicos derivados del Acuerdo Marco. No obstante, los servicios deberán dar respuesta a las siguientes consideraciones:

(..)

Lote 2. Auditorías externas o de certificación: • La empresa adjudicataria deberá presentar acreditación por parte de la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC)"

Fundamenta ICDQ su recurso en la nulidad del pliego de prescripciones técnicas por el que se exige:

"- La acreditación exclusión por Enac de los licitadores, en un contrato sometido a regulación armonizada sin aceptar acreditación de otras entidades constituidas al amparo del Reglamento CE 765/2008.

- En cuanto exige el Sistema de Gestión de Responsabilidad Social IQnet SR10 sin admitir otros equivalentes como el SGE21 DE Forética, por tratarse de una vulneración del artículo 14 de la Constitución."

Subsidiariamente solicita la anulabilidad de la exclusión de ICQD" por no disponer tanto de la acreditación de ENAC en el epígrafe 38 como del sello IQnet SR10"

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que el Hospital Universitario La Paz tiene un sistema de gestión integrado por las normas de referencia citadas en este apartado. La exclusión de la recurrente se fundamenta en que no certifica el sistema de responsabilidad social según la Norma IQNET SR10, que es la norma por la que está certificado el Hospital Universitario La Paz en materia de responsabilidad social.

Este sistema de gestión implantado en el hospital, cumple con los requisitos de la Norma IQNET SR10, por lo que no podríamos certificarnos en otra norma de responsabilidad social. El hecho de plantearnos la certificación por otra Norma de referencia supondría tener que modificar no sólo el sistema de gestión de

responsabilidad social del hospital que lleva varios años certificado, sino que nos obligaría modificar también el sistema de gestión integrado del hospital, que integra seis normas de referencia y más de 40 servicios del centro.

Cita en defensa de sus pretensiones la Resolución 181/2020 del TACRC “*la posibilidad de aportar pruebas de medidas equivalentes por el empresario al Órgano de Contratación prevista en el artículo 93 de la LCSP no es aplicable a la acreditación, competencia exclusiva de la ENAC, porque este precepto no es aplicable a las acreditaciones y porque tampoco sería posible ya que el Órgano de Contratación no puede apreciar ni valorar pruebas equivalentes de la acreditación dado que esta función es exclusiva de la ENAC, lo que impide que cualquier otra entidad u órgano pueda apreciar la equivalencia de medios, prácticas, sistemas, métodos, etc. mediante pruebas distintas a la misma acreditación otorgada por dicha entidad de acreditación.*”

Respecto a la alegación del recurrente sobre que solo AENOR Internacional S.A.U. cumple el requisito, opone el órgano de contratación que hay otras empresas (que no se han presentado a este procedimiento) como son DQS Ibérica e IMQ Ibérica, cumplen este requisito. Añade que en cualquier caso es al órgano de contratación a quién corresponde estimar las necesidades del servicio, debiendo el licitador atenerse a lo establecido en los pliegos, sin que pueda quedar al albur del cada licitador la exigencia o no de la acreditación por ENAC para la certificación de los Sistemas de Calidad y Certificación de Sistemas de Gestión Medioambiental en el sector socio sanitario.

Por lo que se refiere a la nulidad de los pliegos alega el órgano de contratación que el licitador pudo haber recurrido los mismos en el plazo legalmente establecido, por lo que presentada su oferta se entiende que acepta la integridad de las condiciones establecidas en los pliegos.

En cuanto a la anulabilidad de la exclusión de ICDQ por no disponer tanto de la acreditación de ENAC en el epígrafe 38 como del sello IQNET SR10 manifiesta el

órgano de contratación que no puede prosperar este motivo pues está ligado al hecho de que solo puede existir en cada país una entidad competente para efectuar dicha acreditación que en España es la ENAC.

Vistas las alegaciones de las partes, debe considerarse, en primer lugar, el carácter excepcional que debe otorgarse a la impugnación extemporánea de los Pliegos dado que deben considerarse aceptados expresamente por el licitador al hacer su proposición, constituyendo la ley del contrato y vinculan tanto a la Administración contratante como al licitador.

El artículo 139 de la LCSP establece “*Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna*”.

En este caso, resulta ilustrativa la Resolución 927/2018 del TACRC “*Asimismo, debemos partir de que la doctrina de este Tribunal sobre la posibilidad de impugnar los pliegos con ocasión de la impugnación de actos posteriores (como la adjudicación) ha atendido hasta ahora a circunstancias objetivas, cuál era el análisis de la concurrencia de los vicios de nulidad de pleno Derecho alegados, sin consideración alguna a las circunstancias subjetivas que fueran de observar. Sin embargo, en la ponderación de derechos e intereses que debe hacerse en este caso, -por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el derecho e interés del licitador-, ambos tipos de circunstancias, objetivas y subjetivas, han de ser tenidas en cuenta, ya que la propia doctrina jurisprudencial al efecto se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), y, en última instancia, en la buena fe.*

Así se ha recogido en la STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2015, Rec. 301/2014, y sobre todo en la STSJ de Galicia de 17 de noviembre de 2016, Rec. 4274/2015, en que, en el caso de una impugnación en todo análoga a la que nos ocupa, el Tribunal Superior razona que “*La impugnación de los pliegos, que son la ley*

del contrato, por la licitadora o competitora S.A. era posible, pero dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a TRLCSP y siempre que ostentase un interés legítimo en la anulación de determinada cláusula del mismo que no le impedía participar en el procedimiento, pero le podía resultar perjudicial. Incluso si entendiéramos que la impugnación no estaba sujeta a plazo por tratarse de un vicio de nulidad de pleno derecho, es contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que, S.A. consienta el pliego aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación aspirando a la adjudicación y luego, al no resultar adjudicataria, y para optar de nuevo a la adjudicación en las mismas (o peores, porque pretende una mayor publicidad del anuncio de licitación) condiciones, impugne la adjudicación porque el acto administrativo consentido -el pliego- es contrario al ordenamiento jurídico alegando que su anulación la situaría de nuevo como candidata a la adjudicación.”

Y ello responde a la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como pone de manifiesto de modo inequívoco, por ejemplo, la Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), que destaca de modo muy señalado que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar “a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación”.

Por tanto, consideramos que, frente al mero análisis objetivo de si el vicio del pliego alegado por el recurrente es constitutivo o no de nulidad de pleno derecho, debe analizarse también si se alega con quebranto de las exigencias de la buena fe, por haberse podido alegar en el recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente; lo que daría prioridad, en la ponderación de derechos e intereses antes reseñada, al mantenimiento de la inatacabilidad del pliego; que no debe olvidarse debe constituir la regla general”.

En el caso que nos ocupa, la recurrente no necesitaba esperar a la Resolución de adjudicación del Acuerdo Marco, que en su caso ha supuesto su exclusión, para impugnar la supuesta vulneración de los pliegos alegada. La exigencia sobre las

certificaciones exigidas y la forma de acreditación está establecida claramente en los pliegos, sin lugar a dudas, sin embargo, no ha recurrido en tiempo y forma los pliegos y ha esperado a la finalización del proceso de selección contractual para solicitar la nulidad de los mismos.

Por ello, en atención a la jurisprudencia citada se desestiman las pretensiones del recurrente.

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 INSTITUTO DE CERTIFICACIÓN ICDQ,S.L. contra la Resolución de 19 de julio de 2021, posteriormente modificada el 16 de agosto de 2021, del Director Gerente del Hospital Universitario La Paz por la que se le excluye del procedimiento de licitación, para el Lote 2, del Acuerdo Marco para la contratación de “Servicios para la realización de auditorías de sistemas de gestión, Hospital Universitario La paz y centros dependientes” número de expediente P.A.(A.M.) 13/2021.

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, para el lote 2, 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.