



Recurso nº 848/2014 C.A. Galicia 104/2014

Resolución nº 850/2014

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 14 de noviembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. F. M., en representación de la empresa GERIATROS, S.A.U., contra el acuerdo de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Santiago de Compostela de 18 de septiembre de 2014, de exclusión de la oferta presentada por la empresa recurrente en el procedimiento de contratación del “*Servicio de ayuda en el hogar en el Municipio de Santiago de Compostela*” (Expediente nº CON/67/2013), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de Santiago de Compostela convocó, mediante anuncio publicado en el B.O.P. de A Coruña el 30 de junio de 2014, licitación para la adjudicación, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de “*Servicio de ayuda en el hogar en el Municipio de Santiago de Compostela*” (Expediente nº CON/67/2013), con un presupuesto de 1.828.882,56 euros y un plazo de ejecución de dos años.

A dicha licitación concurrieron las siguientes empresas:

- ATENDO CALIDADE, S.L.
- GERIATROS, S.A.U.
- CLECE, S.A.
- VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.L.



- EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS, S.A.
- INSTITUTO GESTIÓN SANITARIA, S.A.
- POVINET, S.C.V.
- CARFLOR, S.L.

Segundo. Con fecha 18 de septiembre de 2014, la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Santiago de Compostela acordó excluir de la licitación la oferta presentada por GERIATROS, S.A.U.

Dicho acuerdo fue notificado a la empresa interesada el día 19 de septiembre de 2014.

Tercero. Con fecha 25 de septiembre de 2014 la empresa GERIATROS, S.A.U. anunció al órgano de contratación la interposición de recurso especial contra el acuerdo de exclusión, recurso que fue interpuesto con fecha 6 de octubre de 2014. La empresa recurrente solicitó la suspensión del procedimiento de contratación durante la tramitación del recurso.

Cuarto. El día 21 de octubre de 2014 el Ayuntamiento de Santiago de Compostela remitió a este Tribunal el expediente de contratación, junto con el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

Quinto. La Secretaría del Tribunal, con fecha 31 de octubre de 2014, dio traslado del recurso interpuesto a los otros licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguno de los licitadores haya cumplimentado este trámite.

Sexto. Asimismo, con fecha 31 de octubre de 2014 el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su resolución nº 810/2014 (dictada en el recurso especial interpuesto por la empresa INSTITUTO GESTIÓN SANITARIA, S.A. contra el acuerdo de exclusión de la recurrente adoptado por la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Santiago de Compostela de 18 de septiembre de 2014 en el mismo



procedimiento de contratación), acordó el mantenimiento de la suspensión cautelar del procedimiento de contratación acordada en ese recurso hasta la resolución del interpuesto por GERIATROS, S.A.U. que es objeto de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y en el Convenio de colaboración suscrito el 7 de noviembre de 2013 entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Galicia sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el B.O.E. nº 282, de 25 de noviembre de 2013.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto por una persona jurídica en quien concurre la legitimación exigida por el artículo 42 del TRLCSP, al ser una empresa que concurrió a la licitación y fue excluida de ella, siendo titular del interés legítimo a resultar eventual adjudicataria del contrato.

Tercero. El acto recurrido está relacionado con un contrato de servicios comprendido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado, excluido el I.V.A. es superior a 207.000 euros, por lo que es susceptible de impugnación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.b) del TRLCSP.

Específicamente, se impugna el acuerdo por el que se excluye de la licitación a la empresa recurrente, acto susceptible de recurso especial conforme a lo establecido en el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

Cuarto. La empresa recurrente ha realizado el anuncio del recurso al órgano de contratación exigido en el artículo 44.1 TRLCSP.

Quinto. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de quince días hábiles, a contar desde el día siguiente al de notificación del acto impugnado, establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.



Sexto. La empresa recurrente, GERIATROS, S.A.U., impugna el acuerdo de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Santiago de Compostela de 18 de septiembre de 2014, por el que la oferta realizada por la empresa recurrente fue excluida de la licitación por no firmar debidamente la documentación aportada en el sobre nº 2 (*“Proposición relativa a los criterios de adjudicación no evaluables mediante cifras o porcentajes”*), incumpliendo el taxativo requerimiento del apartado 13.3 del PCAP que establece que *“será motivo de exclusión de la licitación el hecho de que la documentación incluida en este sobre no esté suscrita en su totalidad por el licitador o que no vaya acompañada de una relación de los documentos que la integran firmada por el licitador, en la que declare, bajo su responsabilidad, que son ciertos los datos presentados. Esta deficiencia únicamente podrá ser subsanada con la presencia del apoderado de la empresa en el acto público de apertura de este sobre”*. GERIATROS, S.A.U., con fundamento en los argumentos que expone en su recurso, solicita de este Tribunal: *“1. Dejar sin efecto la mencionada exclusión y ordene al órgano de contratación que retrotraiga el expediente y admita a GERIATROS, S.A.U. en el procedimiento de contratación; 2. Ordenar al órgano de contratación que conceda a GERIATROS, S.A.U. un plazo máximo de tres días para la subsanación del defecto advertido”*.

En el informe sobre el recurso suscrito el 8 de octubre de 2014 por el Jefe de Servicio de Contratación y Servicios Comunitarios del Ayuntamiento de Santiago de Compostela, con el Vº Bº del Director de la Asesoría Jurídica, se exponen los motivos por los que ese órgano considera que la exclusión de GERIATROS, S.A.U. fue ajustada a derecho y que procede la desestimación del recurso interpuesto.

Séptimo. Para resolver el recurso interpuesto por GERIATROS, S.A.U. es preciso tomar en consideración las siguientes circunstancias:

1º) El apartado 13.3 del PCAP por el que se rige el procedimiento de contratación del *“Servicio de ayuda en el hogar en el Municipio de Santiago de Compostela”*, en el que se regula el contenido del sobre nº 2 (*“Proposición relativa a los criterios de adjudicación no evaluables mediante cifras o porcentajes”*), establece que *“será motivo de exclusión de la licitación el hecho de que la documentación incluida en este sobre*



no esté suscrita en su totalidad por el licitador o que no vaya acompañada de una relación de los documentos que la integran firmada por el licitador, en la que declare, bajo su responsabilidad, que son ciertos los datos presentados. Esta deficiencia únicamente podrá ser subsanada con la presencia del apoderado de la empresa en el acto público de apertura de este sobre”.

2º) En el caso aquí planteado, la empresa recurrente, GERIATROS, S.A.U., fue excluida de la licitación por acuerdo de la Mesa de Contratación de 18 de septiembre de 2014, fundado en el hecho de que la documentación incluida en su sobre nº 2 no estaba firmada en su totalidad por su representante, ni iba acompañada de una relación de documentos suscrita por aquél declarando la certeza de los datos adjuntados, y no estar presente en el acto público de apertura de dicho sobre un representante de la empresa que pudiera subsanar el defecto en la forma prevista en el apartado 13.3 del PCAP anteriormente reproducido.

3º) A la vista de ello, debe ponerse de manifiesto que el debate aquí suscitado no se refiere a si el defecto detectado en la documentación incorporada al sobre nº 2 de la empresa recurrente era o no subsanable. Sin necesidad de acudir a la reiterada doctrina establecida en numerosas resoluciones de este Tribunal acerca de la necesidad de acogerse en esta materia a un criterio antiformalista, que asegure debidamente el respeto al principio de concurrencia en la contratación pública (Resoluciones nº 128/2011, de 27 de abril, nº 184/2011, de 13 de julio, nº 225/2013, de 12 de junio, nº 92/2014, de 5 de febrero y nº 810/2014, de 31 de octubre, entre otras muchas), lo cierto es que esta cuestión viene resuelta por el propio PCAP, que declara expresamente su carácter subsanable, al prever la posibilidad de que los apoderados de las empresas lo subsanen en el mismo acto de la apertura de los sobres nº 2.

4º) En este caso, el debate jurídico es otro diferente, el relativo a si resulta conforme a derecho la previsión contenida en el apartado 13.3 del PCAP con arreglo a la cual la subsanación del concreto defecto consistente en la ausencia de firma del representante de la empresa licitadora en todos los documentos de la proposición o de aportación de la relación de documentos suscrita por aquél (que, por tanto, se parte de la base de que es un defecto susceptible de subsanación), debía hacerse de modo



ineludible en el mismo acto de apertura, como allí se prevé, sin admitirse la posibilidad de que la Mesa de Contratación concediera para ello un determinado plazo temporal a partir de ese momento.

El recurrente mantiene el criterio de que es contrario a derecho limitar la posibilidad de subsanación al acto mismo de apertura de los sobres nº 2 presentados por los licitadores, y que la Mesa de Contratación debió concederle un plazo máximo de tres días para la subsanación del defecto detectado, ya que no existe ninguna estipulación legal que obligue a la asistencia de los representantes de las empresas al citado acto de apertura, vulnerándose en caso contrario los principios de concurrencia y buena administración. GERIATROS, S.A.U. invoca también en apoyo de su tesis la regulación sobre la subsanación de los requisitos exigidos a las solicitudes dirigidas a la Administración contenida en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como diversas Sentencias de los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo sobre subsanación de deficiencias detectadas en las proposiciones económicas presentadas en los procedimientos de contratación.

Octavo. En suma, lo que se plantea por la empresa recurrente es, en realidad, un recurso en el que se mantiene la disconformidad a derecho de la previsión contenida en el apartado 13.3 del PCAP (la relativa a la limitación de la posibilidad de subsanación de este concreto defecto de la documentación aportada, al momento del acto de apertura de los sobres), lo que ha de conllevar su desestimación, de acuerdo con la reiterada doctrina de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales con arreglo a la cual los licitadores no pueden plantear recursos contra los actos que forman parte del procedimiento de contratación, en este caso el de exclusión, con fundamento en una alegada ilegalidad de las previsiones del PCAP, salvo nulidad de pleno derecho de éstas (nulidad que es obvio que en el caso planteado no concurre), una vez que han aceptado éste como ley del contrato al participar en el procedimiento sin impugnar su contenido, por imperativo del artículo 145.1 del TRLCPS (*“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación*



supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”).

En este sentido, por ejemplo, la resolución nº 92/2014, de 5 de febrero de 2014, señala que:

“El primer motivo que alega la recurrente es la nulidad parcial de la cláusula 14.2 del PCAP en cuanto exige unos requisitos especiales para la acreditación de la solvencia financiera, siendo así que se exige clasificación para poder licitar y ésta resulta suficiente para acreditar tanto la solvencia económica y financiera como la solvencia técnica y profesional.

Esta pretensión no puede ser admitida. En primer lugar, esta pretensión se dirige frente a aspectos del PCAP, el cual no es objeto de impugnación en el recurso especial en materia de contratación que se ha interpuesto.

Más aún, tampoco puede calificarse el recurso interpuesto como recurso frente al PCAP, atendiendo a la pretensión deducida. Ello porque el artículo 145.1 del TRLCSP establece: “Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.

Ello determina que los pliegos son susceptibles de impugnación, conforme señala el artículo 40.2.a) TRLCSP, pero ello habrá de realizarse antes de la presentación de oferta, pues la presentación de ésta supone la aceptación de los pliegos, los cuales ya no podrán ser impugnados por el licitador, en cuanto ello supondría ir contra sus propios actos”.

En el mismo sentido, la resolución nº 217/2014, de 14 de marzo de 2014, expone lo siguiente:

“Respecto al análisis del fondo del asunto es preciso examinar la dicción literal del pliego. El apartado “Z” del cuadro de características del PCAP, referido a las condiciones especiales de ejecución del contrato, señala que en el sobre nº1 deberá



incluirse documentación acreditativa que avale, entre otros, el siguiente aspecto: Acreditaciones por parte de fabricantes o de sus representantes autorizados para realizar tareas de mantenimiento o reparación de equipos electromédicos, conforme UNE 209001 IN. La no presentación de esta documentación se considerará excluyente en el proceso de licitación.

Aunque el recurrente solicita la anulación de este apartado del pliego subsidiariamente es preciso examinar esta alegación en primer lugar, pues de ser procedente haría innecesario verificar la adecuación a derecho del acuerdo de exclusión.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la impugnación extemporánea de los pliegos, podemos citar entre otras la Resolución nº 172/2011 que señalaba que: "...este Tribunal en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha manifestado admitiendo la doctrina de que los pliegos son ley del contrato, si los mismos no han sido recurridos en plazo y forma, y no se trata de un supuesto de nulidad de pleno derecho, como es el caso del expediente en cuestión y de la cláusula discutida, si bien la nulidad plena alegada por el recurrente la analizaremos expresamente con posterioridad.

Así, basado en la doctrina de que los pliegos son ley del contrato, se ha admitido por este Tribunal la utilización de la experiencia o del arraigo territorial como criterio de adjudicación (Resoluciones TACRC 28/2011 y 138/2011, expedientes 10/2010 y 101/2001), y la exigencia de marcas en el suministro de material informático sin utilizar el término "o equivalente" (Resolución TACRC 155/2011, expediente 120/2011), en cuanto que los pliegos no fueron objeto de recurso en plazo y forma, y el Tribunal entendió que no se producía en ninguno de los supuestos anteriores causa de nulidad de pleno derecho.

El propio Tribunal Supremo aplica la doctrina de la ley del contrato en multitud de sentencias. Así, cuando los pliegos no han sido impugnados, ha admitido la pervivencia de cláusulas de los pliegos en las que era objeto de impugnación la puntuación derivada de criterios de valoración asignados al concepto experiencia o constaba que tales aspectos habían sido tomados en cuenta en el concurso de que se tratase (entre otras sentencias las de 25 de septiembre de 2000, recurso 7065/1994; 9



de diciembre de 2004, recurso 5769/2001; 8 de julio de 2005, recurso 511/2002; 26 de diciembre de 2007, recurso 634/2002).

De otro lado, es preciso reseñar que el artículo 99.2 LCSP, en relación con los pliegos de cláusulas administrativas particulares, establece que “En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos”. Y en desarrollo de esta previsión, el artículo 129.1 LCSP, al regular las proposiciones de los interesados, dispone que “Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.

De acuerdo con todo lo anterior, el pliego de condiciones particulares, que rige la contratación de este servicio de mantenimiento y que debe considerarse ley del contrato, prevé expresamente en el citado apartado “Z” del Anexo I la acreditación del fabricante como requisito cuya ausencia determinará la exclusión de la licitación.

Esta exigencia, fue conocida por todos los licitadores y aceptada por los mismos, sin salvedad o reserva alguna, desde el momento de formular sus ofertas, en los términos señalados en el artículo 129.1 de la LCSP (actual art. 145 TRLCSP), anteriormente transcrito. Si bien los pliegos que rigieron la licitación fueron impugnados por otras empresas el recurso fue inadmitido por extemporáneo. Por ello el incumplimiento por A.P.R. 1998 S.L. de la exigencia del pliego implica su exclusión por la mesa de contratación, previo requerimiento de subsanación.

Si el recurrente consideraba que la cláusula impugnada era contraria a derecho, lo procedente es que hubiera impugnado la citada cláusula del pliego en su momento, en lugar de esperar a hacerlo más tarde. En este sentido reiterar que es sobradamente conocida la jurisprudencia del Tribunal Supremo que mantiene que los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición



constituyen la ley del contrato y vinculan tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación. En cuanto a la Administración la vinculación supone que no es posible alterar unilateralmente las cláusulas contenidas en los pliegos en perjuicio de los licitadores. Respecto de estos últimos supone que deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos, en este caso justificar la solvencia con arreglo a los criterios contenidos en el pliego de condiciones, y que en caso de no hacerlo podrán ser excluidos de la licitación”.

Aplicando esta inequívoca doctrina al recurso interpuesto por GERIATROS, S.A.U., es evidente que la única resolución posible es su desestimación, dado que, como se ha expuesto, lo que pretende el recurrente es la inaplicación de la previsión del apartado 13.3 del PCAP que, de forma taxativa, impone la regla de que la subsanación del defecto en que incurrió, si bien se admite, ha de llevarse a cabo en el mismo acto de apertura de los sobres (lo que supone que si bien el apoderado de la empresa licitadora no está obligado a asistir a ese acto, ha de asumir que, en el caso de no hacerlo, perderá la posibilidad de realizar tal subsanación, de ser necesaria), aduciendo su disconformidad a derecho; pero esta supuesta disconformidad ya no puede ser alegada por la empresa licitadora en este momento procedimental, una vez que ha aceptado incondicionadamente el contenido del PCAP como ley del contrato, al no haberlo recurrido y al haber presentado su proposición, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP.

Todo lo anteriormente expuesto ha de conducir, en definitiva, a la desestimación del recurso interpuesto por la empresa GERIATROS, S.A.U., y a la confirmación del acuerdo de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Santiago de Compostela de 18 de septiembre de 2014, por el que se excluyó a la empresa recurrente del procedimiento de contratación del “*Servicio de ayuda en el hogar en el Municipio de Santiago de Compostela*”.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:



Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J. F. M., en representación de la empresa GERIATROS, S.A.U., contra el acuerdo de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Santiago de Compostela de 18 de septiembre de 2014, de exclusión de la oferta presentada por la empresa recurrente en el procedimiento de contratación del “*Servicio de ayuda en el hogar en el Municipio de Santiago de Compostela*” (Expediente nº CON/67/2013).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada cautelarmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. 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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, 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 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.