RE 044/2013

Acuerdo 33/2013, de 5 de julio de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por TERCAL, S.A.U, frente a su exclusión de la licitación «Conducción y mantenimiento integral de las instalaciones correspondientes al Instituto de Medicina Legal de Aragón y a la planta de residuos líquidos biocontaminados procedentes de las salas de autopsias y putrefacción ubicadas en el mismo edificio», promovida por el Departamento de Presidencia y Justicia del Gobierno de Aragón.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Orden del Consejero de Presidencia y Justicia del Gobierno de Aragón de 9 de enero de 2013 se aprobó el expediente denominado «Conducción y mantenimiento integral de las instalaciones correspondientes al Instituto de Medicina Legal de Aragón y a la planta de residuos líquidos biocontaminados procedentes de las salas de autopsias y putrefacción ubicadas en el mismo edificio», contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, tramitado por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, con un valor estimado de 314 600 euros, IVA excluido.

En el Anexo III del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigió la licitación (en adelante PCAP) se exigió, además de la solvencia económica y técnica, un compromiso de adscripción de medios personales a la ejecución del contrato, en los siguientes términos:

«***ANEXO III***

COMPROMISO DE ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS

«Todos los licitadores, nacionales y extranjeros, además de acreditar su solvencia o, en su caso clasificación, deberán acreditar el compromiso de adscripción de los siguientes medios, como criterio de solvencia, a efectos de la admisión en el procedimiento de adjudicación del contrato:

☒ ***Compromiso de adscripción de medios personales.***

-Oficiales de 1ª con experiencia mínima de tres años en las especialidades de:

1.-Instrumentación y control de instalaciones para tratamiento de residuos biológicos (fluidos, calderas de vapor, recipientes a presión, procesos biológicos, esterilización y de tratamientos de aguas residuales, etc).

2.- Climatización, ventilación y cámaras frigoríficas.

3.- Instalaciones eléctricas AT y BT.

4.- Otras instalaciones.

- Ingeniero técnico industrial.

Antes de la formalización del contrato la empresa adjudicataria aportará documentación justificativa (currículum, títulos oficiales y/o certificados).

Estos medios personales y materiales formarán parte de la propuesta presentada por los licitadores y, por lo tanto, del contrato que se firme con el adjudicatario. Por este motivo, deberán ser mantenidos por la empresa adjudicataria durante todo el tiempo de realización de este servicio. Cualquier variación respecto a ellos deberá ser comunicada a esta Administración. Su incumplimiento podrá ser causa de:

☒ *Resolución del contrato (artículo 223, f TRLCSP)»*

SEGUNDO.- En el procedimiento convocado presentaron propuestas varios licitadores, entre ellos la recurrente. La Mesa de contratación, en

reunión celebrada el día 27 de marzo de 2013, procedió a la apertura y calificación de la documentación administrativa (Sobre nº UNO), presentada por los licitadores, y advirtió deficiencias y omisiones subsanables en uno de ellos, para lo cual le requirió, a los efectos de subsanación, según se recoge en el acta correspondiente.

TERCERO.- En sesión pública, celebrada el 5 de abril de 2013, la Mesa de contratación dio cuenta del resultado final de la calificación de la documentación administrativa, y procedió a la apertura del Sobre nº DOS de los licitadores, «*Propuesta sujeta a evaluación previa*», y a remitir la misma a los vocales encargados del informe de valoración, elaborado conforme a los criterios previstos en el Anexo VI del PCAP. Estas circunstancias, quedan acreditadas en el acta de la reunión de la Mesa.

CUARTO.- La Mesa de contratación se reúne nuevamente, en sesión pública, el 17 de abril de 2013, asume como propio el informe técnico de valoración emitido el 17 de abril de 2013, da cuenta del resultado de la evaluación previa —en la que se acuerda excluir a cuatro licitadores por no alcanzar el umbral de 22 puntos requeridos en el PCAP para continuar en el procedimiento— y para la apertura del Sobre nº TRES, «*Oferta económica y propuesta sujeta a evaluación posterior*», dando lectura pública de las proposiciones económicas.

Se solicita de los técnicos la valoración de los criterios sujetos a evaluación posterior, en los términos recogidos en el Anexo VII del PCAP y se recuerda, por la Presidenta de la Mesa, que al licitador que presente la oferta económicamente mas ventajosa se le requerirá para que en el plazo de diez días presente la acreditación de disponer de los

medios que se hubiere comprometido a adscribir el contrato, definidos en el Anexo III del PCAP.

Finalmente, con fecha 24 de abril de 2013, la Mesa se reúne para dar cuenta del resultado de la evaluación posterior efectuada por los técnicos y de la puntuación total de las empresas admitidas, que arroja el siguiente resultado:

- TERCAL, S.A.U. (en adelante TERCAL): 75,5 puntos
- ATI SISTEMAS, S.A. (en adelante ATI): 56,39 puntos

QUINTO.- Por Orden de 25 de abril de 2013, del Consejero de Presidencia y Justicia, se clasificaron las ofertas presentadas y seleccionadas en los términos propuestos por la Mesa, y se requirió a TERCAL la presentación de la documentación precisa para adjudicar el contrato, contenida en la cláusula 2.3.2 del PCAP.

Con fecha 10 de mayo de 2013 TERCAL remite la documentación requerida, la cual se traslada a los técnicos para que emitan el correspondiente informe sobre el cumplimiento del compromiso de adscripción de medios personales.

En informe de 15 de mayo de 2013, los técnicos ponen de manifiesto que TERCAL no cumple el compromiso exigido, en concreto, ninguno de los oficiales 1ª adscritos al contrato acredita experiencia previa de tres años en instrumentación y control de instalaciones para tratamiento de residuos biológicos (fluidos, calderas de vapor, recipientes a presión, procesos biológicos, esterilización y tratamiento de aguas residuales etc.).

Por Orden de 16 de mayo de 2013, del Consejero de Presidencia Y Justicia, se acuerda declarar que TERCAL ha retirado su oferta del procedimiento y, en consecuencia, queda excluida del mismo. Se requiere además la documentación al siguiente licitador clasificado, que es la empresa ATI.

El acuerdo de exclusión fue notificado a TERCAL el 30 de mayo de 2013, informándole de la posibilidad de interponer frente al mismo recurso especial en materia de contratación.

SEXTO.- El 14 de junio de 2013 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación, interpuesto por Dª Aurora Jardón Rodríguez, en representación de TERCAL, contra el acuerdo del órgano de contratación de 16 de mayo de 2013, notificado el 30 de mayo, por el que se rechazaba a la misma de la licitación, por el motivo ya indicado.

La recurrente anunció el 6 de junio de 2013, al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 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).

El recurso alega, y fundamenta a los efectos de esta resolución, lo siguiente:

Tras relatar los antecedentes de la licitación y adjudicación del contrato, consideran que el fundamento fáctico de la orden de 16 de mayo de 2013 se encuentra en su antecedente de hecho OCTAVO, en el que se declara que los técnicos del Servicio de Infraestructuras y del Instituto de Medicina Legal han emitido un informe en el que se pone de

manifiesto que TERCAL no acredita el cumplimiento del compromiso de adscripción de medios personales, en los términos que se exponen. Frente a esta afirmación, entienden que la falta de acreditación de experiencia mínima carece de fundamento, detallando los oficiales de 1ª comprometidos y su experiencia, concluyendo que la exclusión se ha producido en base a interpretaciones incorrectas, contrarias a la realidad, y a la constancia documental obrante en el expediente.

A la vista de lo alegado, solicitan la anulación de la Orden de 16 de mayo de 2013 y su continuación como licitador en el expediente.

SÉPTIMO.- El Tribunal solicita al órgano de contratación el 17 de junio de 2013 la remisión del expediente completo y del informe al que hace referencia el artículo 46.2 TRLCSP, que tiene entrada en el Tribunal el día 21 de junio de 2013.

A fin de evacuar el trámite de alegaciones, el Tribunal notificó el 24 de junio de 2013, la interposición del recurso a los otros licitadores, de conformidad con lo establecido en el artículo 46. 3 TRLCSP.

Con fecha 26 de junio de 2013 tiene entrada en el Tribunal escrito de ATI en el que, como interesados en el procedimiento y en fase de alegaciones, solicitan la remisión de una serie de anexos incorporados al recurso, relativos a la acreditación del compromiso de adscripción de medios personales realizado por TERCAL.

Respecto de esta solicitud, y a la vista de lo dispuesto en el artículo 46.5 TRLCSP, y del artículo 12 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP) —que garantiza el carácter confidencial de los documentos aportados por los empresarios para

acreditar la solvencia— el Tribunal acordó concederles un trámite de vista de los anexos, a verificar en la sede del Tribunal en día y hora a concretar por los interesados y la Secretaria. En este trámite de vista será posible tomar notas respecto de dichos anexos, pero no se entregará copia de lo presentado por la recurrente.

Con fecha 27 de junio de 2013 se verifica, por un representante de ATI, el tramite de vista del expediente de recurso solicitado.

OCTAVO.- El 1 de julio de 2013, Dª Maria Eugenia Gayol López, en representación de ATI, presenta ante este Tribunal escrito en el que se opone al recurso planteado, en base a las siguientes alegaciones:

a) Que ATI viene realizando desde septiembre de 2001 trabajos en el Instituto de Medicina Legal, que comprenden el proyecto, montaje, puesta en marcha y operación de la Planta de Tratamiento Residuos Líquidos Biocontaminados, sin intervención de subcontratas. Desde septiembre de 2001 a junio de 2013 ni TERCAL, ni ninguno de sus trabajadores, han desarrollado trabajos en dicha Planta.

b) A la vista de los curriculums de los tres oficiales comprometidos por TERCAL se constata que no se indica la especialidad del mantenimiento realizado por los mismos. En ninguno de los tres se acredita que el trabajador tenga experiencia en el mantenimiento de instalaciones de alta y baja tensión ni en la especialidad de instrumentación y control de instalaciones para tratamiento de residuos biológicos (fluidos, calderas de vapor, recipientes a presión, procesos biológicos, esterilización y de tratamientos de aguas residuales).

c) Por otra parte, de los centros relacionados por TERCAL han analizado exclusivamente los del Instituto de Medicina Legal y los del Hospital Nuestra Señora de Gracia, que son en los que la recurrente manifiesta haber realizado el tratamiento mas completo, aunque no se indica que se haya realizado el mantenimiento de instrumentación. A su juicio, ninguno de los expedientes que aportan tiene dentro de su alcance el mantenimiento de instrumentación, ni el mantenimiento de la Planta de Tratamiento de Residuos Biocontaminados.

Por todo lo alegado coinciden en la apreciación de que TERCAL no ha acreditado el compromiso de adscripción de medios personales en los términos exigidos en el PCAP, siendo adecuada su exclusión.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de TERCAL para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado, que 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 servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP y se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- La cuestión de fondo, sobre la que se plantea el recurso, es la adecuación de la exclusión de la empresa TERCAL del procedimiento de licitación, por no acreditar el compromiso de adscripción de medios personales, según lo establecido en los artículos 64 y 151.2 TRLCSP, puesto todo ello en relación con lo exigido en el Anexo III del PCAP.

La resolución del recurso requiere, en consecuencia, examinar si la actuación de la Mesa y del órgano de contratación se ajustó al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSP y normativa de desarrollo), y, en especial, al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que —junto con el Pliego de Prescripciones Técnicas—, constituyen la ley de contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.

Antes de entrar en el análisis de los argumentos de las partes respecto de los concretos compromisos exigidos y acreditados, este Tribunal considera oportuno realizar las siguientes consideraciones de carácter general:

En primer lugar, como ya ha venido declarando este Tribunal desde su Acuerdo 01/2011, el artículo 1 TRLCSP establece como uno de su fines, el de garantizar el principio de *«no discriminación e igualdad de trato de los candidatos»*. En el mismo sentido, el artículo 139 TRLCSP, al referirse de modo concreto a los procedimientos de adjudicación, dispone que *«los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia».*

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica, no

sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio de igualdad de trato, que es la piedra angular sobre la que descansan las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, tal y como ponen de relieve las Sentencias del TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universale -Bau y otro, y de 19 de junio de 2003, GAT.

La aplicación de este principio, en la fase de solvencia, es de gran importancia práctica. Y es que, lo que se pretende a la hora de valorar la aptitud de un contratista —u operador económico, en la terminología de la Directiva 2004/18—, es determinar la auténtica capacidad para hacer efectiva, en las condiciones pactadas, la prestación en cuestión que se demanda por el ente contratante, por cuanto lo importante, en la contratación pública, es la correcta ejecución del contrato adjudicado. En consecuencia, para contratar con los poderes adjudicadores, que deben aplicar el TRLCSP, los contratistas deben cumplir una serie de requisitos previos que hacen referencia a la capacidad de obrar, la solvencia económica y financiera y la solvencia técnica; debiendo estar únicamente, en cuanto a restricciones, a lo dispuesto por la normativa comunitaria, sin que puedan exigirse requisitos o medios de acreditación distintos de los previstos en aquélla.

Conforme al artículo 62 TRLCSP, los empresarios deben acreditar unas determinadas condiciones de solvencia económica y financiera y profesional o técnica, debiendo estar vinculadas a su objeto y ser proporcionales al mismo. Por su parte, el compromiso de adscripción de medios personales y/o materiales se configura en el artículo 64 TRLCSP

como un «plus de solvencia», una obligación adicional —de posible exigencia por el órgano de contratación— de proporcionar unos medios concretos, de entre aquéllos que sirven para declarar a un licitador idóneo para contratar con la Administración.

A estos medios complementarios deben serles de aplicación los criterios generales que rigen el establecimiento de los medios para acreditar la solvencia. Esto es, que estén previstos expresamente en los pliegos, que guarden relación con el objeto del contrato, que, en ningún caso, dichos criterios puedan producir efectos discriminatorios, y que se respete el principio de proporcionalidad, de forma que no deberán exigirse requisitos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica. Ni requisitos que, por su aplicación práctica, alteren de hecho la solvencia mínima exigida, desnaturalizando el propio procedimiento de licitación elegido. La adscripción de medios es, en suma, un complemento de cara a la efectiva disponibilidad de la solvencia requerida por el órgano de contratación al diseñar el objeto del contrato, y no una técnica adicional de restricción de la solvencia previamente elegida y exigida, tal y como previene el artículo 62 TRLCSP.

A estos efectos, como se ha señalado en el antecedente primero de este Acuerdo, el PCAP de la licitación contenía en su Anexo III, con claridad, el compromiso de adscripción de medios personales exigido para la ejecución del contrato, que fue aceptado por los licitadores desde el momento de formular sus propuestas.

TERCERO.- Procede ahora analizar si, a la vista de la exigencia contenida en el PCAP y de la documentación aportada, la empresa

TERCAL cumple con los requisitos exigidos en el compromiso de adscripción de medios personales.

En el informe del órgano de contratación al recurso se aclara previamente que existen tres contratos de mantenimiento diferentes, vigentes en la actualidad, que de forma total o parcial convergen en el que es objeto de recurso: el de mantenimiento y gestión de instalaciones de climatización y calefacción de los edificios judiciales de Aragón; el de mantenimiento polivalente, con conducción y gestión de instalaciones de los edificios judiciales en Aragón, y el de conducción, vigilancia, control y mantenimiento preventivo correctivo de las instalaciones correspondientes al plan de residuos líquidos biocontaminantes procedentes de las sala de autopsias y putrefacción ubicadas en el Instituto de Medicina Legal en Aragón (en adelante IMLA). Este último, de carácter específico, atiende únicamente al mantenimiento de la planta de tratamiento de residuos del IMLA.

Sigue señalando el informe que, por razones de índole técnica y económica acreditadas en el informe justificativo de la licitación, se decidió en el expediente objeto de recurso licitar agrupadamente los servicios en el ámbito del edificio del IMLA, manteniendo, no obstante, la independencia de las dos infraestructuras objeto del contrato: instalaciones generales del edificio y planta de residuos biocontaminados. Por ello, habida cuenta de la trascendencia del servicio a prestar, y de los diferentes riesgos que conlleva, se exigió el compromiso de medios personales detallado en el Anexo III del PCAP, en el que la experiencia del punto señalado como 1 se exigía como garantía de la correcta ejecución de la prestación relativa a la planta de residuos, y los puntos 2 a 4 a las instalaciones generales del edificio.

En la actualidad TERCAL es la adjudicataria de los dos servicios generales de mantenimiento, limitando su experiencia en los mismos a las especialidades exigidas bajo los números 2 a 4.

Señala igualmente el informe que la exigencia especifica exigida en el punto 1 deriva de lo previsto en el Decreto 29/1995, de 21 de febrero, de la Diputación General de Aragón, de gestión de residuos sanitarios en la Comunidad, englobándose los que deben tratarse en el contrato en el Grupo III o de riesgo. Se detallan las consecuencias de dicha calificación, el tipo de residuos que se tratan en el IMLA y las consecuencias que podrían derivarse de una inadecuada conducción y mantenimiento de la planta.

A estos efectos, tanto en el informe de 15 de mayo de 2013, como en el de 20 de junio de 2013 emitido al recurso, los técnicos integrantes de la Mesa de contratación ponen de manifiesto que ninguno de los tres oficiales de 1ª propuestos por TERCAL acredita experiencia mínima de tres años en instrumentación y control de instalaciones para tratamiento de residuos biológicos (fluidos, calderas de vapor, recipientes a presión, procesos biológicos, esterilización y de tratamientos de aguas residuales etc.). La experiencia que acreditan estos técnicos, que han venido realizando el mantenimiento de las instalaciones del propio edificio del IMLA, está vinculada al mantenimiento y gestión de las instalaciones de climatización, calefacción y polivalente (electricidad, iluminación, fontanería etc.) pero no al mantenimiento de la planta de residuos. Por otra parte, TERCAL manifiesta la realización de diferentes obras y mantenimiento de diversos centros hospitalarios, pero de los que no se desprende ni que los oficiales 1ª ofertados hayan participado en esas labores, ni que éstas hayan tenido ninguna relación con las

instalaciones para tratamiento de residuos biológicos, como se exige expresamente en el Pliego.

Por lo apuntado concluye el informe al recurso, con fundamentación compartida por este Tribunal, que la empresa TERCAL incumple el compromiso de adscripción de medios exigido, por no acreditar la experiencia de los oficiales 1ª asignados en todas las especialidades requeridas.

La consecuencia de este incumplimiento no puede ser otra que la prevista en el artículo 151.2 TRLCSP, cuando dispone: «*...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*».

Por todo lo anterior, concluye este Tribunal que la exclusión de TERCAL fue ajustada a derecho, por lo que procede la desestimación del recurso interpuesto.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP, y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por Dª Aurora Jardón Rodríguez, en representación de TERCAL, frente a la Orden del Consejero de Presidencia y Justicia de 16 de mayo de 2013, por la que se le excluye de la licitación «Conducción y mantenimiento integral de las instalaciones correspondientes al Instituto de Medicina Legal de Aragón y a la planta de residuos líquidos biocontaminados procedentes de las salas de autopsias y putrefacción ubicadas en el mismo edificio», promovida por el Departamento de Presidencia y Justicia del Gobierno de Aragón.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.