

Recurso 218/2014
Resolución 105/2015

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, a 17 de marzo de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MANTENIMIENTO ELECTROMÉDICO, S.A.**, denominada de forma abreviada **MANTELEC, S.A.**, contra los Anuncios de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que rigen la licitación del contrato de servicios por procedimiento abierto denominado “Servicio de mantenimiento de los equipos electromédicos de los centros integrados en la Plataforma Logística Sanitaria de Jaén” (Expte CCA.6-7RZAR) convocado por la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado, la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 31 de mayo de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato

indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el citado anuncio fue publicado el 2 de junio de 2014 en el Boletín Oficial del Estado núm. 133 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato es de 11.168.337,62 euros.

SEGUNDO: La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. El 18 de junio de 2014, tuvo entrada en el Registro general de la Consejería de Hacienda y Administración Pública escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de MANTELEC, S.A., contra los Anuncios de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que rigen la licitación del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución.

La recurrente solicita en el recurso la anulación de los Anuncios de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas.

CUARTO. El 26 de junio 2014, previo requerimiento de la Secretaría del Tribunal de 20 de junio, se recibió en el registro de este órgano oficio del órgano de contratación acompañando copia compulsada del expediente de contratación, informe al recurso, alegaciones a la medida cautelar de suspensión, anuncio de interposición del recurso presentado por la recurrente el 19 de junio de 2014 y en cuanto al listado de licitadores, manifiesta el órgano de

contratación que hasta la fecha no se han presentado ofertas.

QUINTO. En virtud de resolución de 30 de junio de 2014, este Tribunal acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

SEXTO. Una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas, el 9 de julio de 2014, previo requerimiento de la Secretaría del Tribunal de 8 de julio, se recibió en este Tribunal por correo electrónico listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

SÉPTIMO. Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de 10 de julio de 2014, se concedió un plazo de 5 días a los licitadores para que presentaran alegaciones.

En el plazo concedido para ello han presentado alegaciones en relación con el recurso presentado las entidades AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A. y ASIME, S.A..

OCTAVO. El 3 de noviembre de 2014, tuvo entrada en el Registro general de la Consejería de Hacienda y Administración Pública escrito de la recurrente adjuntando, a efectos ilustrativos, copia de la resolución 109/2014, de 24 de octubre, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

NOVENO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de adjudicación.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Por su parte, el artículo 31, apartados 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

- (...)
- *Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*

Sobre la legitimación para recurrir, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (113/2014, de 8 de mayo y 83/2015, de 3 de marzo, entre las más recientes), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que el pliego impugnado restringe sus posibilidades de acceder a la licitación o de concurrir en igualdad de condiciones con el resto de potenciales licitadores, lo que dificulta, a su juicio, la libre competencia. Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquel para recurrir, pese a no haber concurrido a la licitación, pues precisamente las bases de ésta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

Este criterio también ha sido adoptado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por todas la resolución 212/2013, de 5 de junio, en la que viene a señalar que en el caso de terceros no licitadores el interés propio debe ir más allá de la mera defensa de la legalidad, de modo que la recurrente ha de invocar un interés directo en la anulación de los pliegos objeto del recurso. Asimismo, como indica la citada resolución, el Tribunal Constitucional ha declarado en supuestos similares que la falta de participación en un concurso público no es motivo para denegar la legitimación de la recurrente que con la impugnación pretende conseguir la anulación del pliego para poder así participar en otra licitación sometida a un nuevo pliego ajustado a Derecho.

No puede admitirse el alegato de falta de legitimación de la recurrente manifestados por AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A., por no haber alegado ninguna infracción que le excluya de poder presentarse, pues, como se ha expuesto más arriba, la falta de participación en una licitación pública no es motivo para denegar la legitimación de la recurrente que con la impugnación pretende conseguir la anulación del pliego para poder así participar en otra licitación sometida a un nuevo pliego ajustado a Derecho. Además, en caso de haber presentado oferta y luego haber impugnado el Pliego, ello podría haber motivado la inadmisión del recurso, pues, como ha reconocido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 664/2013, ello supondría una actuación contraria a sus propios actos.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, convocado por una Administración Pública, siendo su valor estimado de 11.168.337,62 euros, y el objeto del recurso es los Anuncios de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que rigen la licitación del mismo, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

CUARTO. Antes de entrar en la cuestión de fondo planteada, procede analizar si el recurso ha sido interpuesto en plazo.

El artículo 44.2 del TRLCSP, en su primer párrafo, dispone: *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

Así pues, el legislador español, dentro de las posibilidades que ofrece la Directiva de recursos, opta por computar el plazo para la impugnación de los pliegos -quince días hábiles- a partir del día siguiente a aquél en que hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 158 del TRLCSP, precepto que va referido a la puesta a disposición de los pliegos a los licitadores cuando los mismos no se han facilitado por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

El artículo 142 del TRLCSP establece como obligatoria la publicación del anuncio de licitación tanto en el Boletín Oficial del Estado o de la Comunidad Autónoma, según los casos, como en el perfil de contratante del órgano de contratación.

En los casos en que los pliegos se hayan puesto a disposición de los licitadores mediante su publicación en el perfil de contratante, la eficacia jurídica de los mismos a efectos de cómputo del plazo para poder interponer el recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el citado artículo 44.2.a) del TRLCSP, sólo se produce cuando se han cumplido todos los requisitos de publicidad obligatoria que establece el citado artículo 142 del TRLCSP, es decir, el anuncio en el Boletín Oficial que corresponda y, en su caso, en el Diario Oficial de la Unión Europea (cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada), además de en el perfil de contratante.

En consecuencia, en los supuestos en que se ha facilitado el acceso a los pliegos y demás documentos contractuales a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, el cómputo del plazo de quince días para interponer el recurso se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que se ha completado la publicidad de la convocatoria en los términos establecidos en el artículo 142 del TRLCSP, es decir, a aquél en que se ha producido la publicidad en los diarios oficiales correspondientes y en el perfil de contratante.

En este sentido, si los pliegos se hubieran publicado en el perfil de contratante antes del anuncio de la licitación en el Boletín Oficial correspondiente, el plazo del recurso contra aquéllos no se computa hasta el día siguiente a la publicación del anuncio de la licitación en el Boletín Oficial, puesto que hasta entonces aquéllos carecen de eficacia jurídica.

Por el contrario, en caso de que se anuncie la licitación en el Boletín Oficial antes de que se publique en el perfil de contratante, el plazo de interposición del recurso no se computa hasta el día siguiente a aquél en que se publiquen los pliegos en el perfil, puesto que hasta entonces, éstos no se ponen a disposición de los licitadores.

El 31 de mayo de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el citado anuncio fue publicado el 2 de junio de 2014 en el Boletín Oficial del Estado núm. 133 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

En el presente caso, el anuncio de la licitación en el el Diario Oficial de la Unión Europea se realizó el 31 de mayo de 2014 y en el Boletín Oficial del Estado el 2 de junio de 2014, indicándose que la documentación, incluido por tanto los pliegos, se podía obtener en el perfil de contratante, publicándose en éste la licitación el mismo 2 de junio, por lo que el plazo para interponer el recurso

especial en materia de contratación se ha de computar a partir del día 3 de junio de 2014, que es cuando se completa la publicidad de la licitación en los términos exigidos por el TRLCSP y se ponen los pliegos a disposición de los licitadores en los términos indicados en el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Esta es la interpretación más acorde a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, que acoge la fecha de publicación de los pliegos o demás documentos contractuales como inicio del cómputo del plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación, tal y como dispone el artículo 2 quarter: *”En el caso de recursos interpuestos contra las decisiones a que se refiere el artículo 2, apartado 1, letra b), de la presente Directiva, que no estén sujetos a una notificación específica, el plazo será de al menos diez días civiles a partir de la fecha de publicación de la decisión en cuestión”.*

Al mismo tiempo, esta interpretación es acorde con el propio TRLCSP puesto que los pliegos “se ponen a disposición” de los licitadores cuando se cumplen todos los requisitos de publicidad que establece el artículo 142 del TRLCSP. Por tanto, una vez anunciada la licitación y publicados los pliegos conforme a lo dispuesto en el citado precepto, debe comenzar el cómputo del plazo de interposición del recurso.

En cuanto al escrito de interposición del recurso, el mismo fue presentado el día 18 de junio de 2014 en el Registro general de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por lo que se presentó dentro del plazo legal indicado.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita en el recurso la anulación de los Anuncios de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas (en adelante PCAP y PPT), fundando su recurso en once alegaciones

-alegaciones previas 1 y 2 y alegaciones primera a novena- que serán analizadas a continuación.

Asimismo, por parte el órgano de contratación en su informe se va combatiendo una a una todas las alegaciones esgrimidas por la recurrente, circunstancias que también se pondrán de manifiesto a continuación.

La empresa licitadora AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A. en sus alegaciones combate, asimismo, la mayoría de los alegatos de la recurrente, por lo que también se pondrán de manifiesto a continuación.

La empresa licitadora ASIME, S.A. en su alegato va repasando una a una las alegaciones de la recurrente y en todas ellas manifiesta que se declara completamente conforme con el contenido de dicha alegación y en algunas amplía su alegato.

SEXTO. Con respecto a la primera alegación del recurso, que en el mismo se denomina alegación previa 1, esto es, “*Peligro de las aclaraciones previstas en el anuncio publicado en la plataforma de contratación*”, la recurrente pone de manifiesto, en síntesis, que en el anuncio de licitación publicado en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía existe una previsión recogida en el apartado H del anuncio -Apertura de ofertas- cuyo contenido es el siguiente “*Aclaraciones: Tendrá lugar en la Sala de Juntas del Complejo Hospitalario de Jaén, en la fecha y hora que se anunciará en el Tablón de Anuncios de la Plataforma Logística Sanitaria de Jaén con, al menos, 48 horas de antelación*”.

Nos vemos en la obligación, manifiesta la recurrente, de apercibir sobre la necesidad de que la reunión, cuya celebración prevé el pliego, para aportar tales aclaraciones a los licitadores, responda verdaderamente al fin para el que se ha convocado, es decir, para aclarar las dudas a los posibles licitadores. Deber ser eso y nada más. “*Avocamos al órgano de contratación para que, si de dicha*

reunión se derivase cualquier cambio o modificación de los pliegos, que constituyen la Ley del contrato, cumpla escrupulosamente el procedimiento previsto para ello en la Ley”. Para reforzar su alegato trae a colación el contenido del artículo 110 de TRLCSP, el artículo 75 párrafo segundo del RGLCAP y parte del contenido de la resolución 160/2014, de 28 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Asimismo, hace referencia a los artículos 102, 103 y 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Por su parte el órgano de contratación, indica que en ese apartado se indica cuándo y dónde tendrá lugar la apertura de las ofertas presentadas por los distintos licitadores y no lo que parece haber entendido la recurrente con lo que sus advertencias carecen de fundamento.

La entidad AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A. alega que la reclamación de la recurrente no tiene eficacia anulatoria alguna ya que no denuncia ninguna infracción, sino posibles actuaciones futuras.

Expuesto lo alegado por cada una de las partes, procede analizar la cuestión de fondo objeto de este primer alegato de la recurrente.

Una simple lectura más detenida del apartado H “Apertura de ofertas” del anuncio de licitación de la convocatoria objeto de recurso, publicada en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, hubiese sido suficiente para entender que ese apartado se refiere a la apertura de las ofertas en sesión pública de los sobres de criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor y de criterios de adjudicación evaluables por aplicación de fórmulas y el concepto aclaraciones que aparece, y que es objeto del presente alegato, no es más que la información que el órgano de contratación plasma para que los potenciales licitadores puedan a través de la citada Plataforma informarse de en qué fechas se va a producir la apertura de uno y otro sobre. En todo caso, y como pone de manifiesto el órgano de contratación en su informe, hubiera

bastado una llamada a la unidad encargada de tramitar el expediente de contratación para conocer el fin de la aclaración impugnada que, en modo alguno, hace alusión a una reunión con los licitadores para solventar dudas de procedimiento.

Por lo anterior, procede desestimar el primer alegato de la recurrente.

SÉPTIMO. Con respecto a la segunda alegación del recurso, que el mismo denomina alegación previa 2, esto es, “*Omisión del nuevo plazo de presentación de proposiciones*”, la recurrente pone de manifiesto, en síntesis, que se ha producido una rectificación del anuncio de licitación publicado en el perfil del contratante de la Junta de Andalucía, el 10 de junio de 2014, provocado por una rectificación del PCAP, omitiéndose advertir a los licitadores del nuevo plazo de presentación de proposiciones derivado de la aplicación del párrafo segundo del artículo 75 del RGLCAP. La recurrente reproduce el contenido del citado párrafo segundo. Asimismo, trae a colación el contenido de la resolución del órgano de contratación por la que se rectifica el error material del PCAP.

Concluye la recurrente que según lo previsto en el citado párrafo segundo del artículo 75 del RGLCAP, al haberse rectificado o aclarado los anuncios, “*se debe de computar el plazo establecido para la presentación de proposiciones, a partir del nuevo anuncio*”. Lo anterior conlleva, sigue manifestando la recurrente, la nulidad de pleno derecho de la rectificación de anuncio al haber sido dictada prescindiendo del procedimiento legalmente establecido.

Por su parte el órgano de contratación, indica que aquí no se ha producido ninguna rectificación del anuncio de licitación sino la rectificación de una de las cláusulas del pliego por lo que no resulta de aplicación el precepto reglamentario invocado por la recurrente.

La entidad AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A. alega en primer lugar que el citado artículo 75 del RGLCAP no exige en todo caso un nuevo plazo de

presentación, sino -en su caso-, es decir, en atención a la entidad de la rectificación y en segundo lugar que dicho artículo tampoco establece, ni exige, que en el anuncio deba señalarse nada sobre nuevo cómputo.

Expuesto lo alegado por cada una de las partes, procede analizar la cuestión de fondo objeto de este segundo alegato de la recurrente.

Debe analizarse, pues, el alcance y consecuencias que en el presente recurso tiene la rectificación del PCAP realizada por el órgano de contratación. La rectificación de errores de los actos de la administración se regula en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, que dispone que *“Las Administraciones públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”*. Dicha norma resulta de aplicación supletoria al TRLCSP en virtud de su Disposición Final Tercera.

Por su parte, el artículo 75.2 del RGLCAP, dispone que *“Cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de contratos será a cargo del órgano de contratación y se hará pública en igual forma que éstos, debiendo computarse, en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones”*.

La jurisprudencia ha delimitado qué debe entenderse por error material, de hecho o aritmético con la finalidad de deslindar la mera rectificación de la revocación, revisión o modificación de actos administrativos.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2011, en línea de continuidad de doctrina consolidada, señala que *“Una vez planteado en los términos que anteceden el debate objeto de la controversia suscitada, es preciso poner de relieve que tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional -sentencias 218/1999, de 29 de noviembre (RTC 1999, 218), y*

69/2000, de 13 de marzo (RTC 2000,69)-, como la de este Tribunal Supremo -sentencias de la Sala Tercera de 19 de septiembre de 2004 (recurso 4174/2000), 4 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1682) (recurso 2160/2003),16 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1239) (recurso 6092/2005)-, han declarado que los simples errores materiales, de hecho o aritméticos son aquellos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica, por evidenciarse el error directamente, al deducirse con plena certeza del propio texto de la resolución, sin necesidad de hipótesis o deducciones.

Tales errores materiales aluden, por consiguiente, a meras equivocaciones elementales, que se aprecian de forma clara, patente, manifiesta y ostensible, evidenciándose por sí solos, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas, ya que afectan a un determinado suceso de manera independiente de toda opinión, criterio o calificación, al margen, pues, de cualquier interpretación jurídica y de toda apreciación hermenéutica valorativa".

Por su parte, el artículo 75 del RGLCAP menciona dos conceptos, aclaración y rectificación. El segundo queda reconducido al artículo 105 de la Ley 30/1992. El término aclaración permite un mejor entendimiento de la resolución, pero no permite la modificación del acuerdo o disposición.

Sobre esta caracterización, hay que analizar si la corrección o rectificación de errores realizada por el órgano de contratación responde a su verdadera naturaleza o sí, por el contrario, es una modificación del pliego una vez aprobado, publicado su anuncio e iniciado el periodo de presentación de ofertas.

En el primer caso, sería correcta la conclusión alcanzada por el órgano de contratación de no ampliar el plazo de presentación de ofertas. En el segundo caso, no podrá tener la eficacia señalada, pues es un acto posterior al pliego que trata de modificarlo, alterando las condiciones de la contratación ya aprobadas por lo que adolecería de vicio de ilegalidad al no haberse ampliado el plazo de presentación de ofertas.

Pues bien, para aplicar estos criterios al caso que nos ocupa, hemos de partir del contenido de la resolución, de 9 de junio de 2014, del Director Gerente del Complejo Hospitalario de Jaén, de rectificación de error material del PCAP del expediente de contratación objeto del presente recurso, que en base al artículo 105 de la citada Ley 13/1992, rectifica el contenido del segundo inciso del último párrafo del apartado 9.1.7 del PCAP (régimen del personal a cargo de la empresa), en el sentido siguiente:

Donde dice: “En el supuesto de que la subrogación de los trabajadores de la empresa contratista viniese establecida en las normas laborales de aplicación, se estará a lo dispuesto en éstas y el órgano de contratación facilitará a los licitadores la información a que se refiere el artículo 120 del TRLCSP, con respeto, en todo caso, a lo dispuesto en la legislación sobre protección de datos de carácter personal”.

Debe decir: “La cláusula de subrogación de los trabajadores y trabajadoras de la empresa contratista se efectuará en el marco del VII Acuerdo de Concertación Social de Andalucía y según lo establecido en las normas laborales de aplicación vigentes, y el órgano de contratación facilitará a los licitadores la información a que se refiere el artículo 120 del TRLCSP, considerando lo dispuesto en la legislación sobre protección de datos de carácter personal”.

Como se puede observar, la rectificación introduce la necesidad que la eventual subrogación de trabajadores y trabajadoras se efectúe, no solo según lo establecido en las normas laborales de aplicación vigentes, sino además en el marco del VII Acuerdo de Concertación Social de Andalucía.

El VII Acuerdo de Concertación Social en Andalucía, suscrito entre los sindicatos UGT, CCOO y la Confederación de Empresarios de Andalucía y el Presidente de la Junta de Andalucía, el 24 de noviembre de 2009, establecía los

criterios que han de cumplir las empresas que tienen encomendada la gestión de servicios públicos garantizándose la calidad en la prestación de los mismos y el empleo de sus trabajadores especialmente en supuestos de cambio de empresa.

Por tanto, entiende este Tribunal que la rectificación operada del PCAP tiene la naturaleza de rectificación de error material, incluso de aclaración, realizada dentro del ámbito del artículo 105.2 de la Ley 30/1992, no pudiéndose entender como modificación del PCAP a efectos de establecer necesariamente un nuevo plazo de presentación de ofertas, dado que dicha rectificación en nada afecta a la evaluación de los costes laborales que implicaría la eventual subrogación de trabajadores y trabajadoras. Llegado a este punto hay que concluir que la resolución de rectificación de errores es un acto ajustado a derecho, debiendo desestimarse este segundo alegato de la recurrente.

OCTAVO. Con respecto a la tercera alegación del recurso, que el mismo denomina alegación primera, esto es, *“Infracción de lo establecido en el art. 66.1 del TRLCSP. Falta, en el PCAP, apartado específico referido a los -Empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea”*, la recurrente pone de manifiesto, en síntesis, que exigiendo el PCAP y su Cuadro Resumen, una determinada clasificación, no se determinen los medios por los que las empresas no españolas de la Unión Europea deben acreditar su solvencia económica, financiera, técnica o profesional.

Sigue manifestando la recurrente, que la cláusula 17.2 del Cuadro Resumen resuelve la cuestión manifestando que al exigirse expresamente clasificación no se establece la exigencia de acreditar estos requisitos mínimos de solvencia. Alega la recurrente que tanto el PCAP, como su Cuadro Resumen, debieron señalar qué medios, de entre los previstos en los artículos 75 y 78 del TRLCSP, son los que debían acreditar tales empresas no españolas de la Unión Europea. Alega que la cláusula 6.3.2.2.c) del PCAP, no señala dichos medios, siendo una copia de lo dispuesto en el art. 74.2 del TRLCSP.

Concluye la recurrente que las empresas no españolas de Estados miembros de la Unión Europea quedan completamente desprotegidas y al margen de la licitación, pues el PCAP omite toda referencia a los requisitos de solvencia que han de acreditar para poder presentarse a la licitación. Para reforzar su alegato trae a colación la resolución 16/2012, de 13 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Por lo expuesto, sigue manifestando la recurrente, procede que se declare la nulidad o, subsidiariamente, la anulabilidad de las cláusulas del PCAP 6.3.2.2.c) y 17.2 del Cuadro Resumen.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe manifiesta que el alegato de la recurrente debe ser rechazado porque el PCAP es conforme con las disposiciones que sobre aptitud de empresarios extranjeros, comunitarios o no, contienen los artículos 54 y siguientes del TRLCSP.

La entidad AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A. alega que una lectura del PCAP permite concluir que no existe vacío normativo para dichas empresas, además de ser los órganos de contratación los competentes para su interpretación.

Expuesto lo alegado por cada una de las partes, procede analizar la cuestión de fondo objeto de este tercer alegato de la recurrente, esto es, que no se determinen los medios por los que las empresas no españolas de la Unión Europea deben acreditar su solvencia económica, financiera, técnica o profesional.

En este sentido apuntar que es acertado lo manifestado por la recurrente de exigencia de determinada solvencia -económica, técnica o profesional- en el pliego de cláusulas, sólo para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea, pues de acuerdo con el artículo 62 del TRLCSP los requisitos de solvencia exigidos en el pliego se sustituyen por el de la clasificación, cuando sea exigible de conformidad con lo dispuestos en el TRLCSP, exigencia que para el presente caso se contiene en el artículo 65.1 del

TRLCSP, si bien el artículo 66 del citado texto refundido, para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea establece la exención de la exigencia de clasificación, sin perjuicio de la obligación de los mismos de acreditar su solvencia, evidentemente, en los términos previstos en el mencionado texto refundido.

En tal sentido, el artículo 74 del citado texto legal exige que la solvencia se acredite por los medios previstos en los artículos 75 a 79, requisitos que además deben de figurar en el pliego de cláusulas y en el anuncio de licitación, deben ser determinados, han de estar relacionados con el objeto y el importe del contrato y no producir efectos de carácter discriminatorio, sin que pueda identificarse la discriminación con la circunstancia de que unos los licitadores puedan cumplir las exigencias establecidas y otros no.

Esta concreción de cuales son los requisitos de solvencia -económica, técnica o profesional- que han de acreditar los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea no se establece en el PCAP, por el contrario, la cláusula 6.3.2.2.c) se limita a establecer, dentro de los documentos que tienen que aportar los licitadores, lo siguiente *“Los certificados de clasificación o documentos similares expedidos por Estados miembros de la Unión europea en favor de sus propios empresarios constituyen una presunción de aptitud en relación con la no concurrencia de las prohibiciones de contratar a que se refieren las letras a) a c) y e) del art. 60.1 del TRLCSP y la posesión de las condiciones de capacidad de obrar, de habilitación profesional y de solvencia a que se refieren los artículos 75 letras b) y c) y 78 letras a) y c) a i) del TRLCSP”*.

Del párrafo transcrito anteriormente se deduce que aquellos empresarios de Estados miembros de la Unión europea, que presenten los correspondientes certificados de clasificación o documentos similares expedidos por esos Estados, se les presume su aptitud en relación con la no concurrencia de prohibiciones de contratar, con las condiciones de capacidad de obrar, de habilitación profesional y de determinada solvencia. Sin embargo, “a sensu contrario” no se puede

entender que para el resto de empresarios, es decir, aquellos que no dispongan de esos certificados de clasificación o documentos similares, se les exija la solvencia prevista en los citados artículos 75 letras b) y c) y 78 letras a) y c) a i) del TRLCSP; que, en todo caso, señala los medios de acreditarla pero no los criterios o requisitos exigidos dentro de esos medios.

A mayor abundamiento, el Cuadro Resumen del PCAP establece en su apartados 17.1 y 17.2 lo siguiente, “17.1 *Se exige expresamente clasificación de las empresas para poder participar en la licitación mediante la clasificación en el Grupo P, subgrupo 4, Categoría D.* 17.2 *Requisitos mínimos basados en los medios de acreditar la solvencia económica, financiera y técnica y profesional conforme a los artículos 75, 78, 80 y 81 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: Al exigirse, expresamente, clasificación no se establece la exigencia de acreditar estos requisitos mínimos*”. Como se puede apreciar, el último inciso del apartado 17.2 zanja definitivamente la cuestión al establecer con rotundidad que “al exigirse, expresamente, clasificación no se establece la exigencia de acreditar estos requisitos mínimos”, por lo que aquellos empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión europea que no posean los correspondientes certificados de clasificación o documentos similares, no les es posible acceder a la licitación, pues desconocen que solvencia-económica, técnica o profesional- han de acreditar ya que la misma no se establece en el PCAP.

En consecuencia, con apoyo en todas las consideraciones realizadas, procede estimar la pretensión de la recurrente anulando la cláusula del PCAP 6.3.2.2.c) y 17.2 del Cuadro Resumen, por no determinarse en ellas los medios por los que las empresas no españolas de la Unión Europea deben acreditar su solvencia económica, financiera, técnica o profesional.

NOVENO. Con respecto a la cuarta alegación del recurso, que el mismo denomina alegación segunda, esto es, “*Previsión de aportación indebida de la certificación de calidad y de gestión ambiental como documentación que, de*

tenerse, servirá para la valoración subjetiva de la oferta técnica de los licitadores”, la recurrente pone de manifiesto, en síntesis, la indebida valoración del certificado de gestión de calidad y gestión ambiental dentro de la oferta técnica sometida a juicio de valor, en relación al criterio de adjudicación número tres. Así la cláusula 6.4.2. del PCAP relativa a documentación técnica requiere, entre otra documentación, los citados certificados en caso de poseerlos.

Según la recurrente, el requerimiento de esta documentación, en este lugar, no tiene lógica, ni cumple con las estipulaciones positivas y resoluciones de la contratación pública. Ambos certificados se prevén en los artículos 80 y 81 del TRLCSP, recogidos dentro del Libro I, Título II, Cap. II, Sección II, Subsección 3 denominada “Solvencia” (arts. 74 a 82). Dicha previsión de que, quien lo posea, aporte dichos certificados resulta contraria a la ley puesto que se pretende valorar la oferta en base a criterios que hacen referencia a la empresa, y a su capacidad de llevar a cabo la ejecución del contrato , en vez de hacer referencia al objeto del contrato tal y como exige el art. 150.1 del TRLCSP. Para reforzar su alegato trae a colación la resolución 65/2013, de 28 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

Sin perjuicio de la anterior, sigue manifestando la recurrente, falta la expresión “o equivalente” respecto a la presentación de los certificados de gestión de la calidad y de gestión ambiental, tal y como preceptúan los citados artículos 80 y 81 del TRLCSP. Su ausencia no resulta conforme a derecho, pues limita las posibilidades de concurrencia de empresas que cuenten con certificados similares. Para reforzar su alegato trae a colación la resolución 254/2011, de 26 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y el acuerdo 26/2012, de 13 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Por todo la anterior, la recurrente solicita que se declare la nulidad, o subsidiariamente, la anulabilidad, de los documentos 1º y 2º de la cláusula

6.4.2. del PCAP, en donde se exige, en caso de poseerlos, los citados certificados de calidad y gestión ambiental.

Por su parte, el órgano de contratación indica en su informe que el PCAP únicamente se limita a establecer que si los licitadores tienen implantados aquellos sistemas aporten la documentación acreditativa correspondiente junto con el resto de documentos relativos a su proposición técnica, por lo que la ubicación prevista por el pliego es la adecuada. Presupone la recurrente que se pide dicha documentación para luego valorarla en aplicación del criterio tres del apartado 13.1 del Cuadro Resumen del PCAP, pero tal presunción carece de fundamento, pues la valoración de aquel criterio se hará exclusivamente en función de los parámetros expresamente indicados en aquel apartado del Cuadro Resumen. En modo alguno, sigue manifestando el órgano de contratación, debe olvidarse que habrá mucha información que conformará la proposición técnica de los licitadores que no podrá ser objeto de ponderación al aplicar el precitado criterio 3 porque no esté expresamente previsto por éste, sin que ello sea contrario a Derecho.

La entidad AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A. alega en primer lugar que los apartados citados del pliego no tienen el carácter imperativo que se pretende inferir por su ubicación en cuanto a su utilización en momento o fase distinta y en segundo lugar, que la falta de una referencia en el pliego a equivalencias no constituye, ni puede constituir, infracción anulatoria alguna.

Expuesto lo alegado por cada una de las partes, procede analizar la cuestión de fondo objeto de este cuarto alegato de la recurrente, en cuanto a si es posible o no la exigencia, aunque sea a título voluntario, de aportar certificados de calidad y de gestión ambiental como documentación que ha de figurar en el sobre de criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor.

La posibilidad de exigir la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple

determinadas normas de garantía de la calidad o de gestión medioambiental, se regula en los artículos 80 y 81 del TRLCSP, ubicados dentro del citado texto refundido en el Libro I, Título II, Cap. II, Sección II, Subsección 3 Solvencia (arts. 74 a 82). Dichos artículos 80 y 81 recogen lo siguiente:

“Artículo 80. Acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad: 1. En los contratos sujetos a una regulación armonizada, cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantía de la calidad, deberán hacer referencia a los sistemas de aseguramiento de la calidad basados en la serie de normas europeas en la materia, certificados por organismos conformes a las normas europeas relativas a la certificación. 2. Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios”.

“Artículo 81. Acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental: 1. En los contratos sujetos a una regulación armonizada, los órganos de contratación podrán exigir la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de gestión medioambiental. Con tal finalidad se podrán remitir al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación. 2. Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presenten los empresarios”.

En esta materia relativa a las normas o certificados de calidad y de gestión medioambiental, es preciso traer a colación la resolución nº 113/2014, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales que señala al respecto que *“Es obvio que, el Certificado del Sistema de Gestión de Calidad según la Norma ISO 9001 que se exige como requisito mínimo para participar en la licitación, es expresivo de la solvencia técnica y profesional de los licitadores. Y la empresa contratante está en su derecho de exigir la posesión de ese certificado a los futuros licitadores, como manifestación de esa solvencia técnica (art. 78 del TRLCSP). Ahora bien, en el caso que exija a los licitadores para participar en el concurso ese certificado, debe permitir acreditar esa solvencia, además de por el certificado aquí exigido, por otros certificados y otros medios de prueba que los licitadores puedan aportar para justificar su solvencia técnica, tal y como se contempla en el artículo 80 del TRLCSP. Lo que no debe ni puede hacer la empresa contratante, es exigir como requisito “sine qua non”, la posesión del Certificado del Sistema de Gestión de Calidad según la Norma ISO 9001, para poder participar en la licitación, pues a esa conclusión se llega a la vista que, la posesión y presentación del Certificado, se exige como mínimo, luego si no se presentara por un licitador, quedaría automáticamente excluido del procedimiento de licitación. La conclusión a la que llega este Tribunal, resulta igualmente concorde con varios pronunciamientos de este Tribunal. Entre otros, Resolución 140/2011: “Deben ser reconocidos todos los certificados de calidad expedidos conforme a las normas europeas, aceptando incluso otras pruebas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios.” Resolución 238/2011: “Deben admitirse tanto los certificados de calidad expedidos por organismos españoles como por los organismos equivalentes de cualquier Estado de la Unión Europea.” Resolución 254/2011: “Nulidad del pliego que exige un determinado certificado de calidad y no admite otros certificados equivalentes de calidad presentados por los empresarios””.*

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 73/2004, de 15 de marzo, establece que *“En cuanto a la cuestión de fondo suscitada -la posibilidad de establecer baremos favorables, es decir utilizar como criterio de adjudicación el estar en posesión de la certificación medioambiental ISO 14000 -hay que dar una respuesta negativa dado que la posesión de la certificación no es un criterio que pueda ser valorado, conforme al artículo 86 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, por el contrario debe considerarse un requisito de solvencia al que los órganos de contratación pueden acudir de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17, 18 y 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, singularmente artículo 18 letras e) y f) y artículo 19 letras f) y g).*

La cuestión es expresamente abordada por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios que distinguiendo, como hacían las Directivas anteriores, la fase de selección de contratistas y la fase de adjudicación del contrato, incluye en la primera, no en la segunda, como uno de los medios para acreditar la capacidad técnica y profesional "para los contratos públicos de obras y de servicios indicando, únicamente en los casos adecuados, las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato (artículo 48.2 letra f) enumerando el artículo 50 en este supuesto qué certificados podrán exigir los poderes adjudicadores.

Es cierto que el artículo 80 de la citada Directiva concede a los Estados miembros el plazo que expira el 31 de enero de 2006 para la trasposición de la Directiva, pero la circunstancia de que el artículo 83 fije su entrada en vigor el 30 de abril de 2004, unido al posible efecto directo, determina el enorme valor interpretativo de sus disposiciones y permite sostener, en el presente caso, que, conforme a la legislación española y a las Directivas comunitarias, el estar en posesión de la certificación medioambiental ISO 14000 debe configurarse como requisito de solvencia exigible a todos los licitadores y no como criterio

de adjudicación que pueda valorarse favorablemente en relación con determinadas propuestas en las que concurra”.

La misma Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 50/2006, de 11 de diciembre, manifiesta que *“La tercera y última cuestión suscitada –la de si cabe utilizar como criterio de adjudicación el que las empresas estén en posesión de certificados de aseguramiento de la calidad o si siempre en todos los tipos de contratos opera como criterio de selección, esto, es requisito de solvencia técnica o profesional- debe ser resuelta de conformidad con los criterios de esta Junta que, a modo de resumen se exponen en nuestro reciente informe de 30 de octubre de 2006 (expediente 42/06).*

En definitiva, descartado que los certificados de aseguramiento de la calidad puedan utilizarse como criterios de adjudicación, su posible admisión como requisitos de solvencia técnica deriva de los artículos 18 e) y 19 f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y viene confirmada por el artículo 48 letra j) ii) de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que se encuentra en vigor, aunque todavía no se haya transpuesto a la legislación española”.

De lo anterior resulta claro la posibilidad de exigir como requisito de solvencia técnica, nunca como criterio de adjudicación, los certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantía de la calidad o de gestión medioambiental, debiendo ser reconocidos todos los certificados de calidad o de gestión medioambiental expedidos conforme a las normas europeas, aceptando incluso otras pruebas equivalentes de garantía de la calidad o de gestión medioambiental que presenten los empresarios.

En nuestro caso, la cláusula 6.4.2. del PCAP, de documentación técnica, en relación a la exigencia de los certificados de gestión de la calidad y de gestión

medioambiental, establece que “(...) *Expresamente deberá incluirse en el sobre nº 2 (documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación no automática) los siguientes documentos y la Memoria numerada en papel A4 impresa por las 2 caras firmadas por representante de la empresa que contenga la siguiente información:*

1. En caso de poseerlo, original ó copia compulsada de certificado emitido por entidad acreditada, de tener implantado y certificado un Sistema de Gestión de la Calidad basado según norma UNE EN ISO 9001.

2. En caso de poseerlo, original ó copia compulsada de certificado emitido por entidad acreditada, de tener implantado y certificado un Sistema de Gestión Ambiental según norma UNE EN ISO 14001.

(...)”.

Por su parte, el criterio 3 del apartado 13.1 del Cuadro Resumen del PCAP, referido a los criterios de adjudicación “medidas organizativas no evaluable automáticamente”, establece que “*Serán objeto de valoración en este criterio los siguientes aspectos: calidad del plan de organización y gestión del servicio, calidad del programa de mantenimiento del primera intervención, correctivo, preventivo y técnico-legal o desarrollar y calidad del plan de coordinación provincial para la reducción de los tiempos de respuesta y resolución de averías y mejora de la calidad”.*

Como vemos, aunque sea a título voluntario, existe una exigencia de aportar certificados de calidad y de gestión ambiental como documentación que ha de figurar en el sobre de criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor o como denomina el pliego criterios de evaluación no automática. No puede admitirse la alegación del órgano de contratación en el sentido de exigir documentación a incluir en dicho sobre aunque no sea valorable, pues qué sentido tiene exigir, aunque sea a título voluntario, una documentación en el sobre de criterios de adjudicación si después no se va a valorar, salvo el que de alguna manera pueda influir, ya sea positiva o negativamente, en la propia valoración.

Al respecto de lo anterior, no debe olvidarse que el procedimiento es un cauce reglado y formal de actuaciones concatenadas previsto por el legislador con un sentido claro y una doble finalidad concreta: de un lado, preservar la objetividad, transparencia e imparcialidad en la selección de la oferta económicamente más ventajosa, sin que ninguna interferencia -por mínima que sea- pueda potencialmente enturbiar y frustrar la consecución de esas garantías, y de otro, proporcionar a todos los licitadores un trato igual en la licitación (artículos 1 y 139 del TRLCSP), evitando situaciones de potencial ventaja de unos licitadores frente a otros.

En consecuencia, con apoyo en todas las consideraciones realizadas, procede estimar la pretensión de la recurrente anulando la cláusula 6.4.2. del PCAP, de documentación técnica, en relación a la exigencia de los certificados de gestión de la calidad y de gestión medioambiental.

DÉCIMO. Con respecto a la quinta alegación del recurso, que el mismo denomina alegación tercera, esto es, “*Indebida exigencia de la legalización exclusiva, por la Comunidad Autónoma de Andalucía, del carné de instalador y mantenedor electricista autorizado en B.T. con la clasificación de especialista según MIE-ITC-BT-03*”, la recurrente pone de manifiesto, en síntesis, que la normativa vigente sobre esta materia no circunscribe a ninguna Comunidad Autónoma la obtención de la habilitación de instalador en baja tensión, ya que, la adquisición de ésta y su validez se extiende a todo el territorio español. Esta exigencia del pliego supondría que personal y empresas de Aragón, Cataluña, o de cualquier otro lugar que, estando legalizados para ejercer la actividad con plenas garantías en todo el territorio nacional, verían restringidas sus opciones de licitar por no haber obtenido, precisamente, la legalización exclusiva, por la Comunidad Autónoma de Andalucía, del citado carné. Para reforzar su alegato la recurrente trae a colación determinados

aspectos de la ITC-BT-03 (Instrucción Técnica Complementaria de desarrollo del artículo 22 del Reglamento Electrotécnico para Baja Tensión).

Por todo lo anterior, la recurrente solicita que se declare la nulidad, o subsidiariamente, la anulabilidad, de la cláusula 6.3.2.1.0).1º y del apartado 17.7.2º del Cuadro Resumen del PCAP, en donde se exige, la legalización exclusiva, por la Comunidad Autónoma de Andalucía, del carné de instalador y mantenedor electricista autorizado en B.T. con la clasificación de especialista según MIE-ITC-BT-03.

Por su parte, el órgano de contratación indica en su informe que contrariamente a lo cree la recurrente, las cláusulas impugnadas no tienen otra finalidad que la de que los licitadores acrediten ante el órgano de contratación que cumplen el régimen de habilitación establecido por la ITC-BT-03, aprobada por el Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto, para los instaladores clasificados en la categoría de especialistas. Por ello, cualquier posible contradicción entre el PCAP y aquella norma debe ser resuelta interpretando las cláusulas impugnadas a la luz de la precitada norma técnica, pero no declarando la anulabilidad de aquellas, pues es claro que el órgano de contratación no exigirá a los licitadores ninguna acreditación o habilitación que no se ajuste al régimen previsto por la ITC-BT-03.

La entidad AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A. alega que la recurrente interpreta “legalizado por la Comunidad Autónoma” de una forma exclusiva y excluyente, interpretación que no se deriva de la literalidad del pliego.

Expuesto lo alegado por cada una de las partes, procede analizar la cuestión de fondo objeto de este quinto alegato de la recurrente, en cuanto a la exigencia del PCAP de la legalización exclusiva, por la Comunidad Autónoma de Andalucía, del carné de instalador y mantenedor electricista autorizado en B.T. con la clasificación de especialista según MIE-ITC-BT-03.

La cláusula 6.3.2.1.o). del PCAP, en relación con el presente alegato de la recurrente, y con la documentación que podrá serle requerida a los licitadores españoles, establece que “o) *La documentación siguiente que, en atención al objeto del contrato, resulta necesaria a efectos de acreditar la aptitud y capacidad para contratar del licitador (apartado 17.7 del C.R.):*

(...)

Carné de instalador y mantenedor electricista autorizado en B.T. con la clasificación de Especialista según MIE-ITC-BT-03 legalizado por la Comunidad Autónoma de Andalucía”.

Por su parte, el apartado 17.7.2º del Cuadro Resumen del PCAP, otros documentos de capacidad (conforme a lo previsto en la cláusula 6.3.2.1. letra o) del PCAP), establece que “2º.- Autorizaciones administrativas de operador y mantenedor de la totalidad de los equipos objeto del contrato exigidos por la normativa vigente: (...) *Carné de instalador y mantenedor electricista autorizado en B.T. con la clasificación de Especialista según MIE-ITC-BT-03 legalizado por la Comunidad Autónoma de Andalucía”.*

Pues bien, lo primero que procede considerar es la calificación jurídica que merece el citado requisito exigido en el PCAP, esto es, determinadas autorizaciones administrativas de operador y mantenedor de la totalidad de los equipos objeto del contrato exigidos por la normativa vigente y, en concreto, en este alegato el mencionado carné de instalador.

El artículo 46 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, permite en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios, que cuando los candidatos o licitadores necesiten una autorización especial o pertenecer a una determinada organización para poder prestar en su país de origen el servicio de que se trate, el poder adjudicador les exija que demuestren estar en posesión de dicha autorización o que pertenecen a dicha organización.

En aplicación de dicho precepto comunitario, el artículo 54 del TRLCSP (condiciones de aptitud), tras la indicación de que los contratistas deberán contar con plena capacidad de obrar, ausencia de prohibiciones y solvencia (o bien Clasificación), en su apartado 2 añade *“Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”*. Del tenor literal del precepto, tal y como se ha matizado por la Juntas Consultivas, se infiere que las habilitaciones empresariales son requisitos de capacidad para contratar y que no pueden ser confundidas con los propios de exigencia de solvencia técnica o profesional.

Así la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Informe 6/2010, indicó que *“La habilitación empresarial o profesional recogida en el artículo 43.2 de la LCSP (actual 54.2 del TRLCSP), es un requisito de aptitud, que faculta a quien la posee para el ejercicio de una actividad profesional determinada. Se trata, por tanto, de un requisito mínimo de capacidad técnica exigido por alguna norma para la ejecución de un determinado contrato. Pero este requisito mínimo de aptitud no puede, por sí solo, ser suficiente para la ejecución de un contrato en el ámbito de la contratación pública, por lo que deberá completarse con los requisitos precisos de solvencia económica y técnica o profesional o, en su caso, clasificación, que se requieran al licitador como aptitud para poder contratar. Por tanto, si bien la habilitación es un requisito de aptitud legal, que podríamos considerar como una capacidad de obrar administrativa específica que implica un mínimo de capacidad técnica, su relación con las demás capacitaciones técnicas exigibles como requisitos de solvencia técnica y profesional es evidente. En efecto, la LCSP relaciona en diversos artículos el requisito de habilitación con los requisitos de solvencia o, en su caso, clasificación”*.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 1/2009, entiende que esta habilitación se refiere “(...) más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la

profesión de que se trata. Ciertamente las disposiciones que regulan estos requisitos legales para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales tienen en cuenta para otorgársela que el empresario en cuestión cuente con medios personales y técnicos suficientes para desempeñarlas, pero esta exigencia se concibe como requisito mínimo. Por el contrario, cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de solvencia técnica o profesional, por regla general lo hace pensando en la necesidad de acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión, que por regla general serán superiores a los exigidos para simplemente poder ejercer profesión de forma legal. En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43 citado (actual 54.2 del TRLCSP) es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto. Lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal.”

Todo lo anterior exige que deba plantearse con carácter general si es posible desde el punto de vista legal que los pliegos de cláusulas exijan requisitos de habilitación empresarial o profesional que vayan más allá de lo legalmente establecido. A este respecto conviene recordar que, como ya ha señalado algún sector de la doctrina, la regulación de los contratos públicos ha dejado de poner el acento en la contemplación del interés público como elemento condicionante de la regulación de los contratos públicos para pasar a ponerlo en el cumplimiento de determinados principios entre los que destaca como el primero la garantía de la libre de competencia. Ello, que aparece consagrado en nuestro TRLCSP, tiene su origen en las diferentes Directivas comunitarias, y, en lo que respecta al momento actual, en la Directiva 2004/18/CE del Consejo y el Parlamento Europeo. Pues bien, partiendo de la idea básica de que la regulación de los contratos públicos, ante todo debe garantizar la libre competencia de las empresas y la posibilidad de exigencia de títulos habilitantes para el ejercicio de actividades y que éstos sean requisitos para poder contratar, sin embargo, en la medida de que estos requisitos constituyen una limitación al principio de libre competencia deben ser interpretados de forma restrictiva, como ha tenido

ocasión de poner de manifiesto el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por todas las resoluciones 8/2011, de 2 de febrero. En consecuencia, el citado artículo 54.2 de TRLCSP debe ser interpretado de tal forma que la exigencia se ajuste al sentido literal de la norma que la establece.

En el presente caso, la norma que establece la necesidad del mencionado carné es la Instrucción Técnica Complementaria de desarrollo del artículo 22 del Reglamento Electrotécnico para Baja Tensión (ITC-BT-03), aprobado por Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto. El citado artículo 22 establece que *“Las instalaciones eléctricas de baja tensión se ejecutarán por instaladores autorizados en baja tensión, autorizados para el ejercicio de la actividad según lo establecido en la correspondiente instrucción técnica complementaria, sin perjuicio de su posible proyecto y dirección de obra por técnicos titulados competentes.*

Según lo establecido en el artículo 13.3 de la Ley 21/1992, de Industria, las autorizaciones concedidas por los correspondientes órganos competentes de las Comunidades Autónomas a los instaladores tendrán ámbito estatal”.

Por su parte la ITC-BT-03, en el apartado tres de la instrucción cuarta (certificado de cualificación individual en baja tensión), establece que *“Cumplidos los requisitos de 4.2, la Comunidad Autónoma expedirá el correspondiente Certificado de Cualificación Individual en Baja Tensión, con la anotación de la categoría o categorías correspondientes.*

El Certificado de Cualificación Individual en Baja Tensión tendrá validez en todo el territorio español”.

Por tanto, es claro que es competencia de las Comunidades Autónomas, es decir, de cualquier Comunidad Autónoma, la expedición del Carné de instalador y mantenedor electricista autorizado en Baja Tensión, Certificado de Cualificación Individual en Baja Tensión en la terminología de la ITC-BT-03, con la clasificación de Especialista, y el mismo tendrá validez en todo el territorio nacional. Es claro que la exigencia del PCAP de *“legalizado por la Comunidad*

Autónoma de Andalucía” no se ajusta al sentido literal de la norma que la establece, siendo por tanto excluyente de aquellas certificaciones o carné expedidos por otra Comunidad Autónoma.

El órgano de contratación, como se ha expuesto más arriba, de forma indirecta se allana a lo manifestado por la recurrente, estableciendo en su informe que cualquier posible contradicción entre el PCAP y la norma en cuestión debe ser resuelta interpretando las cláusulas impugnadas a la luz de la precitada norma técnica, pero no declarando la anulabilidad de aquellas, pues es claro que el órgano de contratación no exigirá a los licitadores ninguna acreditación o habilitación que no se ajuste al régimen previsto por la ITC-BT-03. Este Tribunal, en principio, entiende que una interpretación excesivamente formalista conllevaría la sanción extrema de anulación del pliego y de la convocatoria de la licitación, siendo más proclive a una interpretación finalista que, pudiendo salvar la redacción actual del pliego, permita que puedan presentarse a la licitación todos aquellos licitadores que presenten las mencionadas certificaciones o carnés expedidos por cualquier Comunidad Autónoma y no solo por la Andaluza. Sin embargo, y dado que en todo caso el PCAP ha de ser modificado, como se ha expuesto en el antecedente de derecho anterior, y en aras del principio de transparencia, este Tribunal entiende que ha de admitirse la alegación de la recurrente.

En consecuencia, con apoyo en todas las consideraciones realizadas, procede estimar la pretensión de la recurrente anulando la cláusula 6.3.2.1.o).2º y el apartado 17.7.2º del Cuadro Resumen del PCAP, en cuanto a la exigencia de la legalización exclusiva, por la Comunidad Autónoma de Andalucía, del carné de instalador y mantenedor electricista autorizado en B.T. con la clasificación de especialista según MIE-ITC-BT-03.

DECIMOPRIMERO. Con respecto a la sexta alegación del recurso, que el mismo denomina alegación cuarta, esto es, “*Exigencia indebida, como documento de capacidad, de la certificación o autorización de los fabricantes*”

o, en su defecto, acuerdos, contratos o compromisos con ellos o con los servicios técnicos oficiales”, la recurrente pone de manifiesto, en síntesis, que ninguna norma nacional, ni supranacional, obliga a que el mantenedor tenga que obtener certificación o autorización alguna del fabricante, para poder gozar de la capacidad exigida por la Ley para llevar a cabo dicho servicio de mantenimiento.

Plantea que la única forma de poder exigir esos documentos sería como habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato. Para reforzar su alegato transcribe el artículo 4.4 y el apartado 13.1 del Anexo I del Real Decreto 1591/2009, para concluir que es contrario a la Ley que las cláusulas del PCAP, aquí impugnadas, exijan requisitos de habilitación que no están previstos por la Ley.

Por todo lo anterior, la recurrente solicita que se declare la nulidad, o subsidiariamente, la anulabilidad, de la cláusula 6.3.2.1.0).1º y del apartado 17.7.1º del Cuadro Resumen del PCAP, en donde se exige, como documento de capacidad, la certificación o autorización de los fabricantes o, en su defecto, acuerdos, contratos o compromisos con ellos o con los servicios técnicos oficiales.

Por su parte, el órgano de contratación indica en su informe que lo que se persigue con dicha cláusula es que los licitadores acrediten en la fase de licitación del contrato que pueden realizar su objeto en las condiciones que exigen los fabricantes de los diferentes equipos incluidos en aquel y eso solo se puede garantizar si aquellos disponen de algunos de los documentos relacionados en la precitada cláusula.

Sigue manifestando el órgano de contratación, que puede que no exista norma, pero el órgano de contratación debe garantizar, para dar satisfacción a la necesidad que pretende cubrir con el contrato, que los equipos de

electromedicina incluidos en el mismo estén en perfecto estado de uso y eso solo se podrá conseguir si el mantenimiento de aquellos se realiza en las condiciones estipuladas por el fabricante. Esta exigencia es adecuada al objeto del contrato y no atenta al principio de libre concurrencia.

La entidad AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A. para esta alegación y las dos siguientes de la recurrente, alega que la redacción del pliego no contiene esa exclusividad que pretende inferir el actor y que no existe obstáculo legal alguno para que una Administración exija la existencia de título legal o cobertura legal para el mantenimiento de maquinaria esencial del contrato.

Expuesto lo alegado por cada una de las partes, procede analizar la cuestión de fondo objeto de este sexto alegato de la recurrente, en cuanto a la exigencia del PCAP, como documento de capacidad, de la certificación o autorización de los fabricantes o, en su defecto, de acuerdos, contratos o compromisos con ellos o con los servicios técnicos oficiales.

La cláusula 6.3.2.1.o). del PCAP, en relación con el presente alegato de la recurrente, y con la documentación que podrá serle requerida a los licitadores españoles, establece que “o) *La documentación siguiente que, en atención al objeto del contrato, resulta necesaria a efectos de acreditar la aptitud y capacidad para contratar del licitador (apartado 17.7 del C.R.):*

1º.- Original o copia compulsada de las certificaciones o autorizaciones que capaciten al licitador como mantenedor autorizado de la totalidad de los equipos de electromedicina objeto del contrato expedida por los fabricantes en las condiciones que estos estipulen o, en su defecto, acuerdos, contratos o compromisos de formalizar acuerdos con aquellos o con los servicios técnicos oficiales de los equipos objeto del contrato para realizar el mantenimiento de aquellos equipos en relación con los cuales el licitador no está certificado o autorizado por el fabricante”.

Por su parte, el apartado 17.7.1º del Cuadro Resumen del PCAP, otros documentos de capacidad (conforme a lo previsto en la cláusula 6.3.2.1. letra o) del PCAP), establece que “1º.- *Original o copia compulsada de las certificaciones o autorizaciones que capaciten al licitador como mantenedor autorizado de la totalidad de los equipos de electromedicina objeto del contrato expedida por los fabricantes en las condiciones que estos estipulen o, en su defecto, acuerdos, contratos o compromisos de formalizar acuerdos con aquellos o con los servicios técnicos oficiales de los equipos objeto del contrato para realizar el mantenimiento de aquellos equipos en relación con los cuales el licitador no está certificado o autorizado por el fabricante*”. Como vemos este apartado del Cuadro Resumen reproduce la citada cláusula 6.3.2.1.o).1º.

Pues bien, lo primero que procede considerar es la calificación jurídica que merece el citado requisito exigido en el PCAP. Como en la alegación anterior, esta exigencia se sitúa dentro de los requisitos de aptitud y capacidad para contratar que ha de acreditar el licitador, por tanto, se dan por reproducidas todas las consideraciones expuestas en el fundamento de derecho décimo anterior respecto de la habilitación empresarial o profesional, restando por determinar si la citada exigencia se ajusta o no a lo previsto en la normativa de aplicación.

En el presente caso, la norma de aplicación es el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios. El mismo define en su artículo 2.1.a) los productos sanitarios como “*cualquier instrumento, dispositivo, equipo, programa informático, material u otro artículo, utilizado solo o en combinación, incluidos los programas informáticos destinados por su fabricante a finalidades específicas de diagnóstico y/o terapia y que intervengan en su buen funcionamiento, destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos con fines de: 1º Diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad, 2º diagnóstico, control, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una deficiencia, 3º investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico, 4º*

regulación de la concepción, y que no ejerza la acción principal que se desee obtener en el interior o en la superficie del cuerpo humano por medios farmacológicos, inmunológicos, ni metabólicos, pero a cuya función puedan contribuir tales medios”.

Por su parte, el artículo 4 del citado Real Decreto 1591/2009, garantías sanitarias de los productos, establece que “1. *Los productos sólo pueden ponerse en el mercado y/o ponerse en servicio si cumplen los requisitos establecidos en este Real Decreto cuando hayan sido debidamente suministrados, estén correctamente instalados y mantenidos y se utilicen conforme a su finalidad prevista, no comprometiendo la seguridad ni la salud de los pacientes, de los usuarios ni, en su caso, de terceros.*

2. En el momento de su puesta en servicio en España los productos deben incluir los datos e informaciones contenidos en el apartado 13 del anexo I, al menos, en español, de modo que permitan disponer de forma cierta y objetiva de una información eficaz, veraz y suficiente sobre sus características esenciales.

3. No podrán comercializarse productos cuyo etiquetado o material promocional contenga menciones o distintivos que induzcan a error, atribuya funciones que no posean o proporcione expectativas de éxito asegurado o de que tras su uso indicado o prolongado no aparecerá ningún efecto nocivo. Tampoco podrá atribuir carácter superfluo a la intervención médica o quirúrgica.

4. Sólo podrán utilizarse en España productos que cumplan las disposiciones de este Real Decreto y por profesionales cualificados y debidamente adiestrados, dependiendo del producto de que se trate. Los productos deberán utilizarse en las condiciones y según las finalidades previstas por el fabricante de los mismos.

Los productos deberán ser mantenidos adecuadamente de forma que se garantice que, durante su período de utilización, conservan la seguridad y prestaciones previstas por su fabricante.

5. De acuerdo con lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (RCL 2002, 2650) , Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, se facilitará al paciente y se incluirá en su historia clínica la información sobre cualquier producto sanitario implantable que reciba en el curso de su tratamiento. Lo expresado será sin perjuicio de lo indicado en el artículo 33 sobre la exigencia de tarjetas de implantación en determinados tipos de implantes”.

Asimismo, le es de aplicación la Circular 2/2010, de 11 de septiembre, de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, sobre Recomendaciones aplicables en la Asistencia Técnica de Productos Sanitarios en los Centros Sanitarios, tanto si la asistencia técnica es prestada por el fabricante de los productos o su representante, como si es prestada por los llamados Servicios de Asistencia Técnica (SAT), o por los servicios patrimonialmente dependientes de los Centros Sanitarios.

En cuanto a la cualificación del personal, dicha Circular recomienda que “*La instalación, utilización y mantenimiento de los productos sanitarios deben ser encargados a personas y/o entidades que posean el conocimiento necesario gracias a una formación especializada y/o a una experiencia práctica adquirida. La cualificación del personal se valorará en función de los productos y debe quedar demostrada para cada uno de los equipos sobre los que va a actuar.*

1 Cualificación profesional. La entidad responsable de proporcionar el mantenimiento (el fabricante, su representante, el Centro Sanitario o el SAT) encargará dichas tareas a personal que haya sido previamente cualificado. La cualificación del personal se adquiere a través de una titulación académica o formación reglada específicas (por ejemplo, Técnico de Electromedicina, Ingeniero Clínico, Master en Ingeniería Biomédica), una acreditación profesional específica emitida por la administración competente o experiencia

profesional práctica documentada en el mantenimiento del tipo de productos de que se trate.

2 Cualificación específica. El personal encargado de realizar las actividades de mantenimiento deberá haber recibido la correspondiente formación teórica y práctica específica de acuerdo con el grado de complejidad técnica asociada a cada equipo, las especificaciones técnicas del mismo y las operaciones específicas a realizar”.

Visto lo anterior, cabe indicar que la citada normativa no establece la obligación de que los equipos de electromedicina sean mantenidos por personal de las empresas fabricantes, ni acreditados, ni autorizados, ni formados por ésta, ni esta conclusión se puede derivar de lo señalado en la recomendación, relativa a cualificación del personal, de la citada Circular 3/2012, que recomienda una cualificación profesional del personal que instala, utiliza y mantiene los productos sanitarios adquirida a través de una titulación académica o formación reglada específicas o bien una acreditación profesional específica emitida por la administración competente o experiencia profesional práctica documentada en el mantenimiento del tipo de productos de que se trate.

No se puede compartir el argumento del órgano de contratación sobre la base de la defensa de la garantía de la prestación del servicio, pues, como ya se expuso en el fundamento de derecho décimo de esta resolución, una de las consecuencias de la incorporación del derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos ha sido la de primar como principios básicos de la contratación los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia (art. 1 TRLCSP), no siendo ya el interés público el eje principal sobre el que pivota la contratación pública.

En consecuencia, con apoyo en todas las consideraciones realizadas, procede estimar la pretensión de la recurrente anulando la cláusula 6.3.2.1.o).1º y el apartado 17.7.1º del Cuadro Resumen del PCAP, en cuanto a la exigencia de aportar como documento de capacidad, certificación o autorización de los

fabricantes o, en su defecto, acuerdos, contratos o compromisos con ellos o con los servicios técnicos oficiales.

DECIMOSEGUNDO. Con respecto a la séptima alegación del recurso, que el mismo denomina alegación quinta, esto es, *“Imposición, contraria a la Ley, de que sea el fabricante quien certifique o autorice al licitador como mantenedor autorizado o, en su defecto, acuerdos, contratos o compromisos con aquellos o con los servicios técnicos oficiales de los equipos para el mantenimiento de lo que no certifiquen o autoricen dichos fabricantes a mantener por el licitador o adjudicatario”*, la recurrente pone de manifiesto, en síntesis, como ya lo puso en la alegación anterior, que ninguna norma nacional, ni supranacional, obliga a que el mantenedor tenga que obtener certificación o autorización alguna del fabricante o, en su defecto, de sus servicios técnicos oficiales, para poder gozar de la capacidad exigida por la Ley para llevar a cabo dicho servicio de mantenimiento.

Plantea la recurrente una alegación muy parecida a la anterior y complementaria de la misma, solicitando que se anulen las mismas cláusulas, esto es, la 6.3.2.1.0).1º y el apartado 17.7.1º del Cuadro Resumen del PCAP. Como ya se expuso en el fundamento anterior, tanto en una como en otra, se exige como documentación acreditativa de la aptitud y capacidad para contratar de los licitadores, entre otra, la siguiente: *“Original o copia compulsada de las certificaciones o autorizaciones que capaciten al licitador como mantenedor autorizado de la totalidad de los equipos de electromedicina objeto del contrato expedida por los fabricantes en las condiciones que estos estipulen o, en su defecto, acuerdos, contratos o compromisos de formalizar acuerdos con aquellos o con los servicios técnicos oficiales de los equipos objeto del contrato para realizar el mantenimiento de aquellos equipos en relación con los cuales el licitador no está certificado o autorizado por el fabricante”*.

En la alegación anterior la recurrente combatía la documentación que había que acreditar para aquellos equipos para los cuales el licitador no estuviese

certificado o autorizado por el fabricante. En esta alegación combate el hecho de que se exija el estar certificado o autorizado por el fabricante, de ahí que ambas alegaciones, ésta y la anterior, sean muy parecidas y complementarias.

En consecuencia, dando por reproducido el contenido del fundamento jurídico decimoprimeros anterior, procede estimar la pretensión de la recurrente anulando la cláusula 6.3.2.1.o).1º y el apartado 17.7.1º del Cuadro Resumen del PCAP, en cuanto a la exigencia de aportar como documento de capacidad, certificación o autorización de los fabricantes para los equipos de electromedicina objeto del contrato. Ambas estimaciones, la de esta alegación y la anterior, originan la anulación en toda su integridad de la cláusula 6.3.2.1.o).1º y el apartado 17.7.1º del Cuadro Resumen del PCAP.

DECIMOTERCERO. Con respecto a la octava alegación del recurso, que el mismo denomina alegación sexta, esto es, *“Incongruencia, recogida en la cláusula 4.2.f) del PPT, de exigir a la empresa adjudicataria que recabe de los fabricantes de los equipos y/o servicios técnicos oficiales, que deberán estar debidamente acreditados, las certificaciones actualizadas en tiempo y forma, necesarias para poder realizar el mantenimiento objeto del contrato”*, la recurrente pone de manifiesto, en síntesis, que lo exigido al licitador en la citada cláusula 6.3.2.1.o).1º y en el apartado 17.7.1º del Cuadro Resumen del PCAP, se exige al adjudicatario en la cláusula 4.2.f) del PPT. Alega que resulta incongruente e imposible, que la empresa adjudicataria tenga que recabar de los fabricantes de los equipos y/o servicios técnicos oficiales, las certificaciones, actualizadas en tiempo y forma, necesarias para poder realizar el mantenimiento del equipamiento objeto del recurso, cuando ya ha debido de acreditar su posesión en la apertura del sobre 1.

Concluye la recurrente que ya quedó expuesto, y acreditado en la alegación cuarta, que la exigencia de que el licitador contase con la certificación de los fabricantes/servicios técnicos oficiales como requisito para poder realizar el mantenimiento del equipamiento objeto del contrato, es contraria a la Ley. Los

argumentos son los mismos, de manera que sólo queda remitirnos a dicha alegación.

Por todo lo anterior, la recurrente solicita que se declare la nulidad, o subsidiariamente, la anulabilidad, de la cláusula 4.2.f).

Por su parte, el órgano de contratación indica en su informe que no existe incongruencia, pues lo manifestado en la cláusula 4.2.f) del PPT es una concreción de la obligación que en tal sentido se establece en el PCAP en las cláusulas también impugnadas, que busca que las condiciones que se tuvieron en cuenta en la fase de licitación se mantengan durante toda la vigencia del contrato.

Expuesto lo alegado por cada una de las partes, procede analizar la cuestión de fondo objeto de este octavo alegato de la recurrente, en cuanto a que lo exigido al licitador en la citada cláusula 6.3.2.1.o).1º y en el apartado 17.7.1º del Cuadro Resumen del PCAP, se exige también al adjudicatario en la cláusula 4.2.f) del PPT.

La citada cláusula del PPT establece que “4.2 *L empresa adjudicataria, para conseguir los objetivos definidos en la Cláusula 2ª de este pliego desarrollará las acciones necesarias, dirigidas, supervisadas y coordinadas por el Servicio de Mantenimiento del Centro. Estas acciones comprenderán:*

(...)

f) Recabar de los fabricantes de los equipos y/o servicios técnicos oficiales, que deberán estar debidamente acreditados, las certificaciones, actualizadas en tiempo y forma, necesarias para poder realizar el mantenimiento del equipamiento objeto del contrato, así como conseguir de los fabricantes de los equipos el compromiso de actualización de la información relativa a las operaciones de mejora y de subsanación de los defectos de los mismos”.

Como alega la recurrente, manifiesta el órgano de contratación en su informe y puede apreciarse comparándola con la cláusula 6.3.2.1.o).1º o con el apartado 17.7.1º del Cuadro Resumen del PCAP, la citada cláusula 4.2.f) es una exigencia al adjudicatario de lo que en el sobre 1 se exige al licitador, es decir, la necesidad que la habilitación empresarial o profesional exigida a licitador se debe de mantener en el adjudicatario. Por tanto, la consecuencia es inevitable, si por parte de este Tribunal se ha procedido a la anulación de la cláusula 6.3.2.1.o).1º o con el apartado 17.7.1º del Cuadro Resumen del PCAP, la misma suerte ha de correr la cláusula 4.2.f) del PPT.

En consecuencia, dando por reproducido el contenido de los fundamentos jurídicos decimoprimer y decimosegundo anteriores, procede estimar la pretensión de la recurrente anulando la cláusula 4.2.f) del PPT, en cuanto a la exigencia por parte del adjudicatario de recabar de los fabricantes de los equipos y/o servicios técnicos oficiales, que deberán estar debidamente acreditados, las certificaciones, actualizadas en tiempo y forma, necesarias para poder realizar el mantenimiento del equipamiento objeto del contrato.

DECIMOCUARTO. Con respecto a la novena alegación del recurso, que el mismo denomina alegación séptima, esto es, “*Inseguridad de los licitadores respecto a los documentos que se tendrán en cuenta en la valoración de su oferta técnica*”, la recurrente pone de manifiesto, en síntesis, que en la documentación técnica a presentar prevista en la cláusula 6.4.2 del PCAP se establece, por un lado, la posibilidad de presentar cualquier otra información que el licitador estime oportuna para hacer más comprensiva su oferta en relación con el servicio objeto de la contratación y, por otro lado, dentro del documento séptimo en donde se establece la expresión “etc”. En ambos casos, la recurrente funda su alegato en que ambas indeterminaciones incumplen flagrante y gravemente el mandato legal de determinación de los criterios de adjudicación previstos en el artículo 151.1 del TRLCSP.

Por todo lo anterior, la recurrente solicita que se declare la nulidad, o subsidiariamente, la anulabilidad, de la cláusula 6.4.2. del PCAP, en cuanto, por un lado, a la posibilidad de presentar cualquier otra información que el licitador estime oportuna para hacer más comprensiva su oferta en relación con el servicio objeto de la contratación y, por otro lado, al documento séptimo en donde se establece la expresión “etc”.

Por su parte, el órgano de contratación indica en su informe que esta claro que los documentos se tendrán en cuenta para valorar los aspectos relacionados con el criterio tres del apartado 13.1 del Cuadro Resumen del PCAP, es decir, los incluidos en el sobre 2 que aquel documento denomina documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación no automática. A la vista del contenido de dicho sobre, se valorarán única y exclusivamente los parámetros fijados al establecer aquel criterio de adjudicación.

La entidad AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A. alega que no puede haber inseguridad alguna por que en la documentación a aportar se permita presentar cuanta documentación se estime pertinente sobre los criterios de adjudicación, por otro lado, no discutidos por la recurrente.

Expuesto lo alegado por cada una de las partes, procede analizar la cuestión de fondo objeto de este noveno alegato de la recurrente, en cuanto a si es posible o no aportar, aunque sea a título voluntario, dentro del sobre 2, de documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación no automática, cualquier otra información que el licitador estime oportuna para hacer más comprensiva su oferta en relación con el servicio objeto de la contratación y, si es posible, el establecer dentro del documento séptimo a introducir en el citado sobre 2, la expresión “etc”.

En cuanto a la primera parte de la alegación, la cláusula 6.4.2. del PCAP, de documentación técnica, establece que *“Contendrá los documentos donde se reflejen las características técnicas de la oferta del licitador, en relación con la*

prestación del servicio objeto de licitación y lo previsto en este Pliego, sus Anexos y el Pliego de Prescripciones Técnicas. En concreto incluirá una Memoria donde se reflejen las características técnicas de la oferta del licitador que permita evaluar su oferta con arreglo a los criterios de adjudicación, y cualquier otra información que el licitador estime oportuna para hacer más comprensiva su oferta en relación con el servicio objeto de la contratación (...)”.

Por su parte, como ya se ha expuesto en el fundamento de derecho noveno de esta resolución, el criterio 3 del apartado 13.1 del Cuadro Resumen del PCAP, referido a criterios de adjudicación “medidas organizativas no evaluable automáticamente”, establece que “*Serán objeto de valoración en este criterio los siguientes aspectos: calidad del plan de organización y gestión del servicio, calidad del programa de mantenimiento del primera intervención, correctivo, preventivo y técnico-legal o desarrollar y calidad del plan de coordinación provincial para la reducción de los tiempos de respuesta y resolución de averías y mejora de la calidad*”.

Como vemos, aunque sea a título voluntario, existe una posibilidad de aportar, dentro del sobre de criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor o como denomina el pliego “criterios de evaluación no automática”, cualquier otra información que el licitador estime oportuna para hacer más comprensiva su oferta en relación con el servicio objeto de la contratación.

No puede admitirse la alegación del órgano de contratación en el sentido de dar la posibilidad de aportar información en dicho sobre aunque no sea valorable, pues, como se ha puesto de manifiesto en el citado fundamento de derecho noveno de esta resolución, qué sentido tiene permitir, aunque sea a título voluntario, una información en el sobre de criterios de adjudicación si después no se va a valorar, salvo el que de alguna manera pueda influir, ya sea positiva o negativamente, en la propia valoración.

Al respecto de lo anterior, y como se ha puesto de manifiesto anteriormente, no debe olvidarse que el procedimiento es un cauce reglado y formal de actuaciones concatenadas previsto por el legislador con un sentido claro y una doble finalidad concreta: de un lado, preservar la objetividad, transparencia e imparcialidad en la selección de la oferta económicamente más ventajosa, sin que ninguna interferencia -por mínima que sea- pueda potencialmente enturbiar y frustrar la consecución de esas garantías, y de otro, proporcionar a todos los licitadores un trato igual en la licitación (artículos 1 y 139 del TRLCSP), evitando situaciones de potencial ventaja de unos licitadores frente a otros.

En consecuencia, con apoyo en todas las consideraciones realizadas, y en pro de los principios de transparencia e igualdad de trato, procede estimar la pretensión de la recurrente anulando la cláusula 6.4.2. del PCAP, de dar la posibilidad de aportar, dentro del sobre de criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor o como denomina el pliego “criterios de evaluación no automática”, cualquier otra información que el licitador estime oportuna para hacer más comprensiva su oferta en relación con el servicio objeto de la contratación.

En cuanto a la segunda parte de la alegación, el documento séptimo de la cláusula 6.4.2. del PCAP, de documentación técnica, establece que se ha de incluir en el citado sobre 2, *“Recursos humanos y materiales que asignará exclusivamente a cada uno de los Centros Sanitarios, con desglose de personal / categoría profesional, titulación y jornada de trabajo, así como relación de equipos, herramientas, aparatos de medida, etc. para cada uno de los centros”*.

No puede compartirse el alegato de la recurrente de que la expresión “etc”, incumple, grave y flagrantemente, el mandato legal de determinación de los criterios de adjudicación, dado que la citada cláusula del PCAP exige un desglose para cada uno de los centros de los recursos humanos y materiales que

el licitador asignará a la ejecución del contrato, estableciendo una serie de partidas, a título de ejemplo, en relación con los recursos materiales, dada la enorme dificultad que entrañaría un desglose exhaustivo de todos los recursos materiales que podrían darse en un centro sanitario. Por lo anterior, procede desestimar esta segunda parte de la alegación.

DECIMOQUINTO. Con respecto a la décima alegación del recurso, que el mismo denomina alegación octava, esto es, “*La exigencia de amplia experiencia es imprecisa y ello lesiona los principios de transparencia e igualdad de trato*”, la recurrente pone de manifiesto, en síntesis, que en la cláusula 9.1.8. del PCAP, referida al personal a cargo de la empresa, se establece que el personal a cargo de la empresa tendrá preferentemente titulación de grado medio o superior con amplia experiencia en este tipo de mantenimiento y que ello es contrario a los principios de transparencia e igualdad de trato.

Alega la recurrente que no se define el concepto de amplia experiencia, no se esgrime el mínimo atisbo que indique algún parámetro orientativo que sea el que vaya a determinar de manera objetiva, lo que se entiende experiencia y no se desglosa como sería baremado el incremento de experiencia que hubieran aportado los licitadores, respecto al mínimo acreditado de solvencia.

Por todo lo anterior, la recurrente solicita que se declare la nulidad, o subsidiariamente, la anulabilidad, de la cláusula 9.18. del PCAP, en cuanto a que el personal a cargo de la empresa tendrá preferentemente titulación de grado medio o superior con amplia experiencia en este tipo de mantenimiento.

Por su parte, el órgano de contratación indica en su informe que este requerimiento, plasmado en la cláusula 9.1.8. del PCAP, pretende garantizar la calidad del servicio prestado, tendrá virtualidad durante la ejecución del contrato, pero no en la fase de valoración de las ofertas y selección del expediente.

La entidad AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A. alega que la referencia a la amplia experiencia no vulnera la transparencia e igualdad. Es un concepto que perfectamente puede ser objeto de control en su aplicación, por lo que ninguna duda puede existir, o infracción legal, sobre el mismo.

Expuesto lo alegado por cada una de las partes, procede analizar la cuestión de fondo objeto de este décimo alegato de la recurrente, en cuanto a si el citado término de amplia experiencia en este tipo de mantenimiento es contrario a los principios de transparencia e igualdad de trato.

La citada cláusula 9.1.8 del PCAP, en relación a la forma de ejecución del contrato, y dentro del régimen de personal a cargo de la empresa, establece que “(...) *El personal a cargo de la empresa (se entiende adjudicataria o contratista) tendrán preferentemente titulación de grado medio o superior con amplia experiencia en este tipo de mantenimiento (...)*”.

Ha de compartirse la alegación del órgano de contratación en su informe cuando manifiesta que esta exigencia tendrá virtualidad durante la ejecución del contrato, pero no en la fase de valoración y selección de las ofertas.

Por su parte, la recurrente alega determinados problemas a la hora de “valorar” esa amplia experiencia como si se tratase de algún criterio de adjudicación. Sin embargo, este hecho para nada desnaturaliza el fondo de la cuestión, circunscrito a si es posible establecer el requerimiento de amplia experiencia sin ninguna matización, aunque sea en fase de ejecución del contrato.

A este respecto, es necesario traer a colación, como hace la recurrente y ha puesto de manifiesto este Tribunal, por todas la resolución 27/2014, de 12 de marzo, la sentencia Comisión/CAS Suchi di Frutta (apartados 110 y 111): “*El principio de igualdad de trato entre los licitadores, que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores*

dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores.

Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata”.

Ambos principios encuentran también expresiones específicas en el Derecho derivado, como se aprecia en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en el que se dispone que los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia, lo que es predicable tanto en la fase anterior a la adjudicación como en la ejecución

Por tanto, ambos principios, de igualdad de trato y de transparencia, deben operar en cualquier fase del procedimiento, ya sea en el momento en que las empresas preparan sus ofertas, ya sea en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora, o ya sea en el momento de la ejecución de las prestaciones.

Tal exigencia de amplia experiencia del personal a cargo de la empresa adscrito a la ejecución del contrato, sin que se haya aclarado o matizado su concepto, puede desencadenar en una resolución del contrato para el supuesto que, en

determinado momento de la prestación, el órgano de contratación entendiera que el citado personal no tiene amplia experiencia, dada la ausencia de definición de la misma.

En consecuencia, con apoyo en todas las consideraciones realizadas, y en pro de los principios de transparencia e igualdad de trato, procede estimar la pretensión de la recurrente anulando la cláusula 9.1.8 del PCAP, en cuanto a la exigencia de que el personal a cargo de la empresa adjudicataria o contratista tendrá preferentemente titulación de grado medio o superior con amplia experiencia en este tipo de mantenimiento, sin que en los pliegos se haya aclarado o matizado su concepto.

DECIMOSEXTO. Con respecto a la decimoprimera y última alegación del recurso, que el mismo denomina alegación novena, esto es, “*Exigencia indebida, en la cláusula 9.1.8. del PCAP, de la certificación del fabricante como acreditación del conocimiento y la formación del personal técnico*”, la recurrente pone de manifiesto, en síntesis, que la cláusula aquí impugnada impone que sea el fabricante quién certifique la formación y conocimientos del personal técnico de los licitadores en los equipos electromédicos objeto del contrato cuando, ninguna norma nacional ni supranacional, obliga a que el mantenedor deba encontrar su formación única y exclusivamente, en las imparticiones del fabricante. Esta exigencia, deja en manos de los fabricantes la opción de poder licitar, y más de ser adjudicatarios, de los licitadores.

La recurrente vuelve a repetir parte de los argumentos que esgrimió en sus alegaciones analizadas en los fundamentos decimoprimeros y decimosegundo de esta resolución.

Por todo lo anterior, la recurrente solicita que se declare la nulidad, o subsidiariamente, la anulabilidad, de la cláusula 9.18. del PCAP, en cuanto a que sea el fabricante quién certifique la formación y conocimientos del personal técnico de los licitadores en los equipos electromédicos objeto del contrato.

Por su parte, el órgano de contratación indica en su informe que este requerimiento, plasmado en la cláusula 9.1.8 del PCAP, pretende exclusivamente que la empresa seleccionada cuente con personal debidamente formado para llevar a cabo aquellas condiciones que garanticen una adecuada calidad de los trabajos desarrollados, por lo que parece lógico exigir una determinada formación reglada y otra proporcionada por el fabricante.

La entidad AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A. alega que la recurrente hace una interpretación del pliego que no se desprende de su literalidad, siendo, imposible, por lo tanto, la infracción denunciada.

Expuesto lo alegado por cada una de las partes, procede analizar la cuestión de fondo objeto de este décimoprimer y último alegato de la recurrente, en cuanto a la exigencia del PCAP de certificación del fabricante como acreditación del conocimiento y la formación del personal técnico.

La citada cláusula 9.1.8 del PCAP, en relación a la forma de ejecución del contrato, y dentro del régimen de personal a cargo de la empresa, establece que *“(...) El personal técnico acreditará, mediante titulación oficial y certificaciones de los fabricantes, el necesario conocimiento y formación en los equipos electromédicos objeto del contrato y experiencia en trabajos similares, de manera que cumpla todos los requisitos exigidos en el presente pliego y en el de Prescripciones Técnicas, debiendo conjuntar esta formación con un nivel mínimo de Formación Profesional, con titulación de (...)”*.

Como se colige de lo anterior, el PCAP traslada la exigencia de que las empresas licitadoras cuente con determinada habilitación empresarial o profesional prevista en sede de licitación en la cláusula 6.3.2.1.o).1º y en el apartado 17.7.1º del Cuadro Resumen, a la cláusula 9.1.8, en sede de ejecución del contrato, en este caso para el personal a su cargo, exigiéndole que acrediten certificaciones

de los fabricante en relación con el conocimiento y formación de los equipos electromédicos objeto del contrato.

Ya se analizó en los fundamentos de derecho decimoprimer y decimosegundo de esta resolución, que la normativa de aplicación, esto es, el Real Decreto 1591/2009, no establece la obligación de que los equipos de electromedicina sean mantenidos por personal de las empresas fabricantes, ni acreditados, ni autorizados, ni formados por ésta, ni esta conclusión se puede derivar de lo señalado en la recomendación, relativa a cualificación del personal, de la citada Circular 3/2012, que recomienda una cualificación profesional del personal que instala, utiliza y mantiene los productos sanitarios, adquirida a través de una titulación académica o formación reglada específicas o bien una acreditación profesional específica emitida por la administración competente o experiencia profesional práctica documentada en el mantenimiento del tipo de productos de que se trate.

No se puede compartir el argumento del órgano de contratación sobre la base de la defensa de la garantía y de la calidad de la prestación del servicio, pues, como ya se expuso en el fundamento de derecho décimo de esta resolución, una de las consecuencias de la incorporación del derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos ha sido la de primar como principios básicos de la contratación los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia (art. 1 TRLCSP), no siendo ya el interés público el único eje principal sobre el que pivota la contratación pública.

En consecuencia, con apoyo en todas las consideraciones realizadas, procede estimar la pretensión de la recurrente, anulando la cláusula 9.1.8., relacionada con la ejecución del contrato, que establece que el personal técnico acreditará, mediante certificaciones de los fabricantes, el necesario conocimiento y formación en los equipos electromédicos objeto del contrato.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MANTENIMIENTO ELECTROMÉDICO, S.A.**, denominada de forma abreviada **MANTELEC, S.A.**, contra los Anuncios de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que rigen la licitación del contrato de servicios por procedimiento abierto denominado “Servicio de mantenimiento de los equipos electromédicos de los centros integrados en la Plataforma Logística Sanitaria de Jaén” (Expte CCA.6-7RZAR) convocado por la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la elaboración del PCAP, a fin de que en el nuevo pliego que se apruebe se tenga en cuenta lo expuesto en los fundamentos de derecho octavo a decimosexto, ambos inclusive, de esta resolución, debiendo convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento adoptada por este Tribunal mediante resolución de fecha 30 de junio de 2014.

TERCERO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1

de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.