



Recurso nº 955/2019

Resolución nº 1180/2019

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

En Madrid, a 21 de octubre de 2019

VISTO el recurso interpuesto por D. X.V.S., en representación de CERTIFICACION DE LESIONES ESPAÑA, S.L, contra el anuncio de licitación y los pliegos de la licitación convocada por la Mutua Intermarcal MATEPSS Nº 39 para contratar el “*Servicio de estudios biomecánicos aplicados al diagnóstico de patologías y valoración funcional del aparato locomotor en Barcelona, Valencia, Madrid y Vigo*”, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mutua Intecormarcal, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, nº 39, convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público del día 8 de julio de 2019, la licitación del contrato de “*Servicio de estudios biomecánicos aplicados al diagnóstico de patologías y valoración funcional del aparato locomotor en el ámbito estatal*”.

El valor estimado del contrato asciende a 450.800,00 euros, y el plazo de ejecución es de un año, prorrogable por un plazo de cuatro años más.

El plazo para la presentación de ofertas concluía a las 12 horas del día 18 de julio de 2019.

Cinco días más tarde, el día 8 de julio, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, las 13:23 h. la anulación de los Pliegos, y a las 13:27 h., también la anulación del ahora citado anuncio de licitación.

A las 13:28 h. de ese mismo día, se publica un nuevo anuncio de licitación del “Servicio de estudios biomecánicos aplicados al diagnóstico de patologías y valoración funcional del aparato locomotor en Barcelona, Valencia, Madrid y Vigo”.

Segundo. La licitación se ha desarrollado de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo, LCSP), y demás legislación aplicable en materia de contratación.

Tercero. La mercantil CERTIFICACION DE LESIONES ESPAÑA, S.L., interpone el presente recurso especial en materia de contratación contra el anuncio de licitación y los pliegos publicados en último lugar, los del día 8 de julio de 2019, solicitando su nulidad.

De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 26 de julio de 2019.

Cuarto. En fecha 8 de agosto de 2019 se dio traslado del recurso a la otra licitadora para presentación de alegaciones, sin que haya hecho uso de su derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3. 1 letra f) y 45 de la LCSP.

Segundo. La recurrente ostentaría la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP, aun no habiendo presentado oferta según resulta de la información transmitida por el órgano de contratación.

Y es que considera este Tribunal que, al tratarse de una impugnación de pliegos, para que un operador económico esté legitimado es preciso que haya presentado oferta, porque de lo contrario no podrá ser adjudicatario y por ello no tendrá interés en el procedimiento; con la excepción de que impugne los pliegos por cláusulas discriminatorias que le impiden el acceso a la licitación en condiciones de igualdad, circunstancia que como más tarde se analizará, sí que concurre en este supuesto.

Tercero. La interposición del recurso ha tenido lugar dentro del plazo legal del artículo 50 del mismo texto legal.

Cuarto. El recurso se interpone frente al anuncio de licitación y pliego, en un procedimiento de licitación relativo a un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, siendo susceptible de impugnación por virtud de lo dispuesto en el artículo 44 1 letra a) y 2 letra a) de la LCSP.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto se refiere, el recurrente formula en primer lugar una alegación relativa a la vulneración del artículo 136.2 de la LCSP, por entender que el nuevo pliego modificaba las condiciones de solvencia del adjudicatario, siendo esto una modificación significativa de los mismos, que debió haber dado lugar a la modificación del fin del plazo para la presentación de ofertas.

El órgano de contratación en su informe, lo que alega es que la modificación consistió en la introducción de una cuarta ciudad o ámbito geográfico en el que prestar el servicio, que obedece a un error en la redacción inicial del pliego, que no es de envergadura suficiente para la anulación del procedimiento, habiendo tenido lugar la misma con antelación suficiente para no causar perjuicio alguno al licitador.

Pues bien, como se ha expuesto en los antecedentes fácticos de esta resolución, y se ha comprobado por este Tribunal, se produjo efectivamente la publicación de unos nuevos pliegos, no alterándose el plazo para la presentación de las ofertas, que se mantuvo hasta las 12 h. del día 18 de julio de 2019.

La modificación, según resulta de lo expuesto y de los propios pliegos, consistió en la introducción de una cuarta ciudad en la que tenía que cubrirse o prestarse también el servicio, siendo así que el título pasó de ser *“Servicio de estudios biomecánicos aplicados al diagnóstico de patologías y valoración funcional del aparato locomotor en el ámbito estatal”* a *“Servicio de estudios biomecánicos aplicados al diagnóstico de patologías y valoración funcional del aparato locomotor en Barcelona, Valencia, Madrid y Vigo”*.

Además, en cuanto a la solvencia, en el anuncio de licitación publicado el día 3 de julio de 2019, en el apartado relativo a la solvencia técnica y profesional, se señalaba que, *“con la*

finalidad de dar mejor servicio, el adjudicatario deberá de disponer como mínimo de centros en Barcelona, Madrid y Valencia”.

En relación con este extremo, en los pliegos remitidos por el órgano de contratación, concretamente en el de Prescripciones Técnicas, consta que *“Con la finalidad de dar mejor servicio, el adjudicatario deberá de disponer como mínimo de centros en Barcelona, Madrid, Valencia y Vigo, valorándose, adicionalmente, el disponer de otros centros”.*

De este modo, lo que se concluye es que la sustitución de los pliegos y la publicación de un nuevo anuncio de licitación, tuvo como consecuencia el que además de alterarse el título del pliego, se exigiera que el licitador que concurreniera al procedimiento tuviera además de centros en las tres ciudades inicialmente señaladas, Barcelona, Madrid y Valencia, otro también en Vigo.

La modificación, a juicio de este Tribunal, no puede considerarse, como alega el órgano de contratación, como el resultado de la subsanación inicial del pliego por existir un error material, de hecho o aritmético, entendiéndose por tales aquellos que resulten manifiestos y evidentes, cuya subsanación se puede llevar a cabo por medio una aclaración, y siempre que esta actuación de aclaración no implique la alteración de un elemento esencial.

Resulta evidente que la modificación, en este caso agravación de los requisitos de solvencia, al exigirse tener un centro más en una cuarta ciudad española, es una alteración o modificación de un elemento esencial de los pliegos, al ser el determinante de los requisitos que permiten concurrir o no a una licitación. No se discute que fuera un error en la redacción, no siendo tampoco refutable el que los nuevos pliegos que se publicaron contenían una modificación que debió haber dado lugar a la retroacción de actuaciones y concesión de un nuevo plazo inicial para la presentación de las ofertas.

Sobre esta cuestión ahora planteada, el artículo 122 de la LCSP, en su primer apartado, dispone:

“Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con

posterioridad por error material, de hecho, o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones”.

El artículo 75 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, dispone lo siguiente:

“Con excepción de los supuestos regulados en el artículo 15, párrafo b), de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, o en las restantes normas de las distintas Administraciones públicas, en los que la publicidad de los anuncios resulte gratuita, y salvo que otra cosa se indique en el pliego de cláusulas administrativas particulares, únicamente será de cuenta del adjudicatario del contrato la publicación, por una sola vez, de los anuncios de contratos en el «Boletín Oficial del Estado» o en los respectivos diarios o boletines oficiales en los supuestos a que se refiere el artículo 78 de la Ley.

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”.

De este modo, la actuación llevada a cabo por el órgano de contratación, por la que se trataba de salvar un error de los pliegos que afectaba al objeto y ámbito de aplicación territorial del contrato que se licitaba, ha supuesto una modificación de los pliegos que ha agravado los requisitos de solvencia, y debería haber implicado la retroacción de actuaciones y la concesión de un plazo inicial para la presentación de las ofertas, a fin de evitar la vulneración del principio de publicidad.

Como según resulta del expediente remitido por MUTUA INTERCOMARCAL, aún no ha tenido lugar la apertura de las ofertas, resulta posible, previa estimación del recurso, acordarse la retroacción de las actuaciones, a fin de que se conceda el plazo establecido en la normativa vigente para la presentación de proposiciones.

A este respecto, se recuerda por este Tribunal, que por tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada por el importe de su valor estimado (450.800,00 euros), y siendo

las normas del procedimiento abierto las que regirán la licitación, el órgano de contratación debe observar de forma escrupulosa, las prescripciones del artículo 135 de la LCSP sobre publicación de los anuncios de licitación, así como también las del artículo 156 de la misma norma, en relación con los plazos para la presentación de proposiciones.

Sexto. En segundo lugar, el recurrente manifiesta su disconformidad con la no división en lotes del contrato, teniendo esta ausencia de lotes como consecuencia, según declara, el que sólo se puedan presentar a la licitación las empresas que disponen de centros en las cuatro ciudades que se exigen, sitas además en cuatro Comunidades Autónomas distintas.

Para justificar el órgano de contratación la no división en lotes del contrato, señala lo siguiente:

“La no división en lotes obedece a un criterio económico, ya que, dada la especificidad del servicio a contratar, la experiencia de la Mutua en este ámbito señala la existencia de un mercado muy aglutinado, donde apenas existen unas tres empresas capaces de prestar el citado servicio. (La relativa novedad de la citada prueba diagnóstica-valorativa, el coste de las máquinas y aparataje y la formación de los facultativos que realizan las pruebas son condicionantes para la escasez en el mercado de empresas que presten el citado servicio). Ello comporta que, una búsqueda del mejor precio en el servicio dentro del criterio general de la Ley de Contratos de búsqueda del mejor precio cuando la calidad del servicio está asegurada por el escaso número de empresas que lo prestan, comporta que se aglutine el citado servicio en varios ámbitos geográficos ya que así, por volumen y economía de escala el precio a obtener es más económico en varios ámbitos geográficos que por separado”.

De la justificación ahora transcrita, este Tribunal destaca la afirmación de que se trata de un mercado muy aglutinado en el que apenas hay tres empresas capaces de prestar el servicio. Se destaca, porqué, al no aclararse si esta realidad, la de que sólo existen tres empresas, es porque sólo tres tienen implantación en toda España y centros en las cuatro ciudades exigidas, podría pensarse que, de haberse dividido el contrato en lotes por áreas geográficas, quizás hubiera más concurrencia por sí existir empresas que

prestan este servicio en un área geográfica más pequeña, de modo que la concurrencia pudiera por este motivo aumentar.

El artículo 99 de la LCSP, en su apartado tercero, dispone sobre la división del contrato en lotes, lo siguiente:

Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.

En la Memoria de este proceso de licitación, que se encuentra en el expediente remitido, sobre la división en lotes del contrato se señala en su apartado 3:

“La realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes”

Del conjunto de lo expuesto, y dado que en los pliegos no se contiene ninguna referencia a la justificación de no división en lotes, siendo la única la que se hace en la Memoria, y ello además de forma puramente genérica al limitarse a la invocación del precepto legal aplicable pero sin referirse a las características concretas del supuesto analizado, no puede considerarse que, ni el PCAP ni la memoria justificativa de la contratación, hayan establecido una justificación adecuada y suficiente de la no división del objeto del contrato en lotes, ni que por ello mismo, el órgano de contratación haya trasladado a este Tribunal una justificación válida y suficiente en desarrollo de aquella otra que se hubiera formulado en dichos documentos preparatorios del contrato para la no división en lotes, lo que no es el caso, por lo que se considera necesaria la estimación del recurso por este motivo para que en los pliegos sea determinado y justificado este extremo en los términos en los que se prescribe en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y en particular en el transcrito artículo 99.3 de esta norma.

Séptimo. En último lugar el recurrente manifiesta su disconformidad con que la duración del contrato sea de un año, prorrogable por otros cuatro más, por entender que la misma provoca una clara limitación a la libre concurrencia de empresas. Señala también que, como consecuencia de esta duración que él denomina “1+4”, se exige para concurrir al procedimiento una elevada cantidad monetaria para acreditar para la solvencia económica, al fijarse la misma tomando como base el valor estimado del contrato, produciéndose por este motivo, el efecto paradójico, a juicio del recurrente, y con cita literal, de que *“se esté exigiendo una solvencia mínima de 450.800,00 euros para la ejecución de un contrato de 90.160,00 euros”*.

En relación con esta alegación de la duración “1+4”, sólo cabe señalar que la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, prevé esta posibilidad, sobre la que por tanto ninguna tacha jurídica puede efectuarse, disponiendo el artículo 29 de la misma, que los contratos de

servicios tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas, habiendo desaparecido por tanto, en esta legislación, la condición que sí se establecida en la anterior, en la que el artículo 303 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, señalaba que la duración máxima del contrato, incluidas las prórrogas podía ser de seis años, no pudiendo las prórrogas superar, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente.

De este modo, ningún reproche puede por tanto efectuarse a la duración del contrato prevista en los pliegos.

En cuanto a los requisitos de solvencia económica y financiera, reconoce el órgano de contratación en su informe que es un efecto indeseado e impuesto por la normativa, considerándolo, sin especificar el motivo, un tema menor.

Pues bien, no se comparte esta apreciación de MUTUA INTECOMARCAL, la de que se trate de una exigencia normativa, toda vez que el artículo 87 de la LCSP, además de exigir que la solvencia económica y financiera sea proporcional al objeto contractual, no debiendo suponer en ningún caso un obstáculo a la participación de las pequeñas y medianas empresas, prevé un amplio margen de modulación de la misma, al permitir la selección por el órgano de contratación de un medio entre una pluralidad de los que describe, así como también la determinación de los valores que estos medios deben tener. Así, en concreto, con respecto al volumen anual de negocios de los licitadores, prevé un valor máximo, que es una vez y media el valor estimado del contrato.

De este modo, se considera preciso que, por parte del órgano de contratación, sea revisado este extremo, a fin de que la solvencia económica y financiera que se exija sea proporcional al objeto contractual.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. X.V.S., en representación de CERTIFICACION DE LESIONES ESPAÑA, S.L, contra el anuncio de licitación y los pliegos de la licitación convocada por la Mutua Intercomarcal MATEPSS N° 39 para contratar el “*Servicio de estudios biomecánicos aplicados al diagnóstico de patologías y valoración funcional del aparato locomotor en Barcelona, Valencia, Madrid y Vigo*”, ordenando la retroacción de actuaciones en los términos previstos en los apartados quinto y sexto de los Fundamentos de Derecho de esta resolución.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.