

Recurso nº 209/2023
Resolución nº 231/2023**NOTIFICACIÓN**

Le notifico que, con fecha 8 de junio de 2023, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Geralvez Proyectos Contrac. S.L., contra el Acuerdo de la mesa de contratación de 9 de mayo de 2023 por el que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato de “Suministro e instalación de taquillas de vestuario para el personal del Hospital Clínico San Carlos”, número de expediente PAS 2023-7-080, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero.- Mediante anuncio publicado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento simplificado y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 118.560 euros y su plazo de duración será de 1 mes.

A la presente licitación se presentaron ocho empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- El 4 de mayo de 2023, se reúne la mesa de contratación para realizar la apertura del sobre único de los licitadores presentados.

“A la vista de la documentación presentada se le requiere a GERALVEZ lo siguiente:

A través de una DECLARACIÓN RESPONSABLE el licitador deberá especificar cuál será el plazo de entrega de suministros a partir de la formalización del contrato, teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 15 de la cláusula 1 del PCAP”.

El recurrente no indica en su oferta plazo alguno.

Esta declaración responsable se les solicitó a todos los licitadores.

El 9 de mayo, se reúne la Mesa para analizar la documentación presentada por las empresas en trámite de subsanación resultando el recurrente excluido del procedimiento por:

“EXCLUIDO POR INCONCRECIÓN DEL PLAZO DE EJECUCIÓN ESTABLECIDO EN EL PCAP.

De acuerdo a lo establecido en el apartado 15 de la cláusula 1 del PCAP, se exige que este suministro sea entregado antes del 1 DE JULIO DE 2023, sin embargo, tras la aclaración presentada, el licitador declara un plazo de entrega indeterminado y contradictorio”.

El 19 de mayo de 2023, mediante resolución del director gerente del Hospital Clínico San Carlos se adjudica el contrato a la entidad TOTAL EKIP, S.L. que es objeto de publicación en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el mismo día.

Tercero.- El 23 de mayo de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de GERALVEZ en el que solicita que se anule el acuerdo de exclusión.

El 26 de mayo de 2023, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- El 26 de mayo de 2023, el órgano de contratación acuerda suspender el procedimiento de adjudicación.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no ha presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados*

o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 9 de mayo de 2023, publicado el 10, e interpuesto el recurso el 23, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

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

Quinto.- A los efectos de la resolución del presente recurso interesa transcribir la cláusula 15 del PCAP.

“15.- Plazo de ejecución.

Total: Antes del 1 de julio de 2023.

Recepciones parciales: Sí

Las recepciones parciales NO darán derecho al contratista para solicitar la cancelación de la parte proporcional de la garantía definitiva.

Procede la prórroga del contrato: No procede

Duración máxima del contrato incluidas las prórrogas: hasta el 1 de julio de 2023”.

Alega la recurrente que entre los criterios de adjudicación no se encuentra el plazo de entrega de los suministros y tampoco figura en el PCAP como motivo de exclusión y que cuando fue requerido para presentar la declaración responsable especificando el plazo de entrega del suministro indicó 30 días desde la

formalización del contrato. A pesar de ello se le excluye porque la mesa considera que no pueden cumplir cuando los plazos se estiman en 30 días y siempre antes del 1 de julio de 2023 como se indica en la documentación técnica y en la declaración aportada.

Manifiesta su desacuerdo con que sin haberse cumplido los 15 días para poder recurrir se publica el 19 de mayo la adjudicación del contrato.

Refiere que, si la adjudicación fuese a su favor, estaría en plazo de entrega del suministro solicitado, ya que cumpliría el 23 de junio de 2023 *“pero siguiendo su normativa para este proceso y como muy bien indica en su anuncio de adjudicación y cito textualmente:*

“De acuerdo con lo establecido en el artículo 153.3 de la LCSP, la formalización del contrato deberá efectuarse no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquel en que se realice la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos en la forma prevista en el artículo 151.

El adjudicatario formalizará al contrato en el plazo de 5 días naturales contados desde el día siguiente a aquel en el que recibe el requerimiento para su firma”.

7• Si tenemos que contar con cinco días más desde el día siguiente a la notificación de adjudicación estaríamos hablando de que el proceso de firma del contrato no podría ser superior al día 30 de mayo de 2023, el cuál si contamos 30 días, aún estaríamos cumpliendo con el plazo indicado por nuestra parte para este contrato”.

El órgano de contratación recuerda que los pliegos son la ley del contrato y la presentación de ofertas supone la aceptación incondicionada de las cláusulas y en concreto en la cláusula 15 se indica expresamente que el plazo de entrega ha de ser *“antes del 1 de julio de 2023”.*

Señala que esta fecha no es baladí pues en el informe justificativo de la necesidad del contrato consta:

“- Con fecha 26 de diciembre de 2019 se procedió a la firma del contrato para la redacción del Proyecto Básico y de Ejecución de la Fase 3 del Plan Director del Hospital Clínico de San Carlos, con un plazo de 3 meses para su elaboración “P.A. 2019-7-164, de REDACCIÓN DEL PROYECTO BASICO Y DE EJECUCIÓN, ESTUDIO DE GESTION DE RESIDUOS, REDACCION DEL ESTUDIO DE SEGURIDAD Y SALUD, COORDINACION DE SEGURIDAD Y SALUD Y DIRECCIÓN FACULTATIVA DE LAS OBRAS DE LA FASE 3 DEL PLAN DIRECTOR DEL HOSPITAL CLÍNICO SAN CARLOS DE MADRID CORRESPONDIENTES AL NUEVO BLOQUE QUIRÚRGICO AMBULATORIO, CONSULTAS DE OFTALMOLOGÍA, NUEVA CENTRAL DE FRIO, SERVIOS TÉCNICOS y VESTUARIOS”.

- Con fecha 28 de diciembre de 2022 se firma el contrato derivado del Exp. PA 2022-7-212 “OBRAS DE: CONSTRUCCIÓN DE LA “FASE III” DEL PLAN DIRECTOR DEL HOSPITAL CLÍNICO SAN CARLOS, “PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA - Financiado por la Unión Europea – NextGenerationEU”.

Entre las diferentes actuaciones incluidas en esta Obra, se incluye la creación de una nueva área de Vestuarios, con capacidad funcional para 800 taquillas individuales. Dicha dotación de mobiliario es necesaria para la completa funcionalidad del área prevista y, de forma perentoria, para la continuidad de las actuaciones incluidas en el cronograma de la Fase III”.

Es decir, que la adquisición de taquillas va ligada a la realización de las obras de la Fase III del Plan Director del Hospital correspondiente al nuevo Bloque Quirúrgico Ambulatorio. Para poder iniciar dichas obras, es preciso trasladar el actual vestuario a una nueva zona del hospital y la fecha límite fijada en el cronograma de actuaciones para la apertura del nuevo vestuario es el 1 de julio de 2023.

Geralvez en su declaración responsable se compromete a un tiempo de entrega de suministro a partir de la formalización del contrato condicionada a la fecha de formalización de 30 días hábiles.

Al respecto trae a colación la diferencia entre las obligaciones condicionales y las obligaciones a término. El art 1113 del Código Civil recoge que son obligaciones condicionales aquellas cuyo cumplimiento depende de un suceso incierto, que no se sabe si se va a producir. Se distinguen de las obligaciones a término, en las que la eficacia depende de un día cierto, que necesariamente ha de llegar.

Y es que este órgano de contratación no ha querido ligar la entrega e instalación del suministro a la fecha de adjudicación, ni a la de formalización, ni a ninguna otra, por ser todas ellas fechas inciertas, puesto que del devenir diario de la formalización de expedientes se hace evidente que, aun cumpliendo estrictamente los plazos establecidos para la formalización del contrato (art 153.3 de la LCSP de 15 días hábiles siguientes a la notificación de la adjudicación y 5 días naturales para la formalización del mismo que se concede al adjudicatario para su firma), eso no garantiza en modo alguno que la formalización del mismo se vaya a realizar antes de cualquier día del mes de junio, y valga como ejemplo la espera que ha de realizar este órgano de contratación hasta la resolución de este recurso.

Si GERALVEZ hubiera sido adjudicatario y cualquier otro licitador hubiera interpuesto un recurso especial contra la Resolución de Adjudicación de este contrato o contra su exclusión, es evidente que en modo alguno la recurrente hubiera dispuesto de 30 días (hábiles o naturales) para el cumplimiento de la obligación, pues el contrato no se podría formalizar hasta que ese Tribunal se haya pronunciado sobre el mismo, por no hablar de la demora que se produciría en caso de que esa resolución fuera estimatoria y hubiera que retrotraer el procedimiento a un momento anterior.

Por ello, se reafirma en que el no establecer un plazo de entrega cierto (antes del 1 de julio de 2023) es causa de exclusión, pues implica la no aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones del PCAP (Clausula 1 apartado 15), sin salvedad o reserva alguna.

Vistas las posiciones de las partes se comprueba por este Tribunal que la declaración que realizó GERALVEZ sobre el cumplimiento de plazo es la siguiente:

“Que la Empresa GERALVEZ PROYECTOS CONTRAC S.L, se compromete a un tiempo de entrega de suministro a partir de la formalización del contrato, teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 15 de la cláusula 1 del PCAP (antes del 1 de julio de 2023) de 30 días hábiles.”

Y en la memoria técnica consta: *“PLAZOS DE ENTREGA: Las entregas se realizarán de forma parcial según las necesidades del Hospital. Plazo de ejecución total 1 de julio”.*

Interesa destacar los siguientes preceptos de la LCSP:

Artículo 36 1. *“Los contratos que celebren los poderes adjudicadores, a excepción de los contratos menores y de los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición a los que se refiere el apartado 3 de este artículo, se perfeccionan con su formalización”.*

Artículo 153.3 de la LCSP dispone *“Si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 44, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos. Las Comunidades Autónomas podrán incrementar este plazo, sin que exceda de un mes.*

Los servicios dependientes del órgano de contratación requerirán al adjudicatario para que formalice el contrato en plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, una vez transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior sin que se hubiera interpuesto recurso que lleve aparejada la suspensión de la formalización del contrato. De igual forma procederá cuando el órgano competente para la resolución del recurso hubiera levantado la suspensión.

En los restantes casos, la formalización del contrato deberá efectuarse no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquel en que se realice la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos en la forma prevista en el artículo 151”.

(...)

6. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 36.1 y 131.3 para los contratos menores, y en el artículo 36.3 para los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, y salvo que la tramitación del expediente de contratación sea por emergencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 120, no podrá procederse a la ejecución del contrato con carácter previo a su formalización”.

Artículo 39.2. de la LCSP establece que

“2. Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes:

(...)

d) La inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que concurran los dos siguientes requisitos:

1.º Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación y,

2.º Que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta.

e) Haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 44 y siguientes, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación que se hubiera interpuesto”.

De estos preceptos se concluye que el contrato no se puede formalizar hasta que no transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores por ser susceptible de interposición de recurso especial en materia de contratación y que el contrato no se puede empezar a ejecutar hasta que no se formalice. Además, determinadas actuaciones en relación con la formalización conllevan la nulidad del contrato.

El órgano de contratación recuerda que los pliegos son la ley del contrato y efectivamente es así, pero ello no puede conllevar el mantenimiento de cláusulas de imposible cumplimiento y que sean contrarias a la legislación en materia de contratación.

Señala el órgano de contratación que no ha querido ligar la entrega e instalación del suministro a la fecha de adjudicación, ni a la de formalización, ni a ninguna otra, por ser todas ellas fechas inciertas. Lógicamente, coincide este Tribunal en que dichas fechas son inciertas porque en el procedimiento de adjudicación, como se está poniendo de manifiesto con la interposición del presente recurso, surgen determinadas incidencias que dan lugar a una dilación del procedimiento. Sin embargo, la ley prohíbe que se puede empezar a ejecutar el contrato antes de su formalización, salvo en determinados supuestos que no concurren en el presente caso.

En definitiva, la ejecución del contrato va vinculada a la formalización del mismo y por ello no se puede exigir a los licitadores un plazo de entrega *“antes el 1 de julio de 2023”* sin saber si previamente va a estar formalizado el contrato.

En consecuencia, se estima el recurso ordenando la retroacción del procedimiento a los efectos que se considere que cumple con el plazo de entrega.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de GERALVEZ PROYECTOS CONTRAC. S.L. contra el Acuerdo de la mesa de contratación de 9 de mayo de 2023 por el que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato de “Suministro e instalación de taquillas de vestuario para el personal del Hospital Clínico San Carlos”, número de expediente PAS 2023-7-080.

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.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

De conformidad con el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL
Por sustitución, conforme artículos 3.7 de la Ley 9/2010 y 19.4 LRJSP
LA VOCAL DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: GARCÍA SECADES SOFÍA
Fecha: 2023.06.09 11:32

La autenticidad de este documento se puede comprobar mediante el siguiente código seguro de verificación: