



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **52/2018**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 26 de febrero de 2018, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Salud (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado de entrada el día 30 de octubre de 2017, sobre revisión de oficio de la Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, de fecha 30 de septiembre de 2016, por la que se adjudica el contrato de *"Suministro de dispositivos led para iluminación interior de hospitales del Servicio Murciano de Salud"*, en la parte correspondiente a su Lote 1, *"Luminarias led de sustitución de luminarias: pantallas, downlights,..."*, a *"--"* (expte. **330/17**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante Resolución nº 9/2017, de 13 de enero, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), estimando parcialmente el recurso especial previamente interpuesto ante el mismo, declaró la nulidad de la Resolución de 30 de septiembre de 2016, del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) por la que se adjudicaba a *"--"* (--) el contrato de *"Suministro de dispositivos led para iluminación interior de hospitales del Servicio Murciano de Salud"*, en la parte correspondiente a su Lote 2 (exp. CS/9999/1100673775/15/PA), acordando asimismo la retroacción de actuaciones al momento anterior a la valoración por la Mesa de Contratación de la solvencia técnica de los licitadores, para que prosiguiera el procedimiento conforme a los criterios expresados en dicha Resolución sobre la inadecuación, frente a lo previsto en los pliegos contractuales, de determinados documentos presentados por la adjudicataria para acreditar su solvencia técnica.

En síntesis, considera el Tribunal que los documentos inicialmente presentados por la adjudicataria (documentos sobre ensayos técnicos relativos a los productos a suministrar) provienen de una entidad (el Laboratorio de Física Aplicada de la Universidad de Zaragoza) de la que no se prueba que esté acreditada por la ENAC u otra entidad internacional equivalente, como sin embargo exigen los pliegos (vid. art. 15.1.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares -PCAP-, entre otros), y que otro documento, posteriormente aportado por aquélla (junto, nuevamente, a los primeros del citado Laboratorio) en el trámite de subsanación de deficiencias acordado en su día por la citada Mesa, emitido por el laboratorio *"--"*, de Guandong (China), tiene fecha posterior a la de finalización del plazo de presentación de las ofertas, por lo que no puede ser admitido en la licitación.

SEGUNDO.- El 30 de marzo de 2017, el Gerente el SMS emite informe en el que, en síntesis, expresa que la adjudicación del Lote 1 del citado contrato de suministro incurre en la misma causa de nulidad que la del Lote 2 y por las mismas circunstancias advertidas para este último por la Resolución del TARC, es decir, por falta de acreditación en tiempo y forma de la solvencia técnica exigida en los pliegos contractuales, ya que la

documentación presentada por la adjudicataria para la adjudicación de este Lote 1 (igualmente, --) para la acreditación de su solvencia técnica es la misma que la que presentó para el referido Lote 2, por lo que dicha adjudicación debe calificarse de nula por los mismos motivos expresados por el TACRC en su declaración de nulidad de la adjudicación del Lote 2.

TERCERO.- Con base en lo anterior, el 21 de abril de 2017 la Consejera de Sanidad acordó iniciar de oficio un procedimiento para la revisión de oficio y declaración de nulidad de pleno Derecho de la Resolución del Director Gerente del SMS, de fecha 30 de septiembre de 2016, por la que se adjudica a -- el contrato de *"Suministro de dispositivos led para iluminación interior de hospitales del Servicio Murciano de Salud"*, en la parte correspondiente a su Lote 1, *"Luminarias led de sustitución de luminarias: pantallas, downlights..."*.

Asimismo, acuerda suspender cautelarmente la ejecución de dicha resolución de adjudicación del contrato, durante el tiempo de tramitación de dicho procedimiento revisorio.

CUARTO.- Otorgado trámite de audiencia a la adjudicataria, el 10 de mayo de 2017 presentó alegaciones en oposición a la declaración de nulidad que, en síntesis, y a los efectos pretendidos, se resumen así: a) en España no hay laboratorio acreditado por la Norma UNE-EN 62471 (sobre la cual, y en relación con el producto a suministrar, debe pronunciarse el certificado del laboratorio acreditado por ENAC u otra entidad equivalente a nivel internacional, como exige la cláusula 15.1.1 PCAP), por lo que *"las Administraciones Públicas permiten acudir a un laboratorio no acreditado que tenga trazabilidad y que presente garantías en la realización de los ensayos"*, según expresa un adjunto informe de 16 de marzo de 2017 del Jefe de Laboratorio de Luminarias de "--" (entidad de la que la interesada dice pertenecer a un denominado "--"); b) que *"China National Accreditation Service for Conformity Assessment"* es un organismo certificador equivalente a ENAC, pues ambas entidades se integran en el International Accreditation Forum (IAF), donde, según la web de ENAC, se integran entidades de acreditación que reconocen la equivalencia de sus acreditaciones (deduciéndose de su afirmación que el certificado del antes citado laboratorio está acreditado por la citada entidad china de acreditación); c) que el Laboratorio de Física Aplicada de la Universidad de Zaragoza tiene reconocido prestigio en la materia.

QUINTO.- El 22 de junio de 2017 la Jefa de Servicio de Obras y Contratación del SMS emite informe en el que expresa que no se ha acreditado que el Laboratorio de la Universidad de Zaragoza ni el laboratorio LCS de Guandong (China), traídos por la adjudicataria, estén reconocidos por ENAC u otra entidad internacional equivalente a aquélla, por lo que procede desestimar sus alegaciones.

SEXTO.- El 29 de junio de 2017, el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Salud formuló propuesta de resolución para la revisión de oficio y declaración de nulidad de pleno Derecho de la Resolución del Director Gerente del SMS, de fecha 30 de septiembre de 2016, por la que se adjudica el contrato de *"Suministro de dispositivos led para iluminación interior de hospitales del Servicio Murciano de Salud"*, en la parte correspondiente a su Lote 1, *"Luminarias led de sustitución de luminarias: pantallas, downlights,..."*, *"retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la adjudicación realizada a --, a fin de que se lleve a cabo la calificación de la documentación relativa a la solvencia técnica de conformidad con los pliegos, excluyendo a las empresas respecto de las que no resulte acreditado el cumplimiento de la misma y continuando el procedimiento con las demás"*. Todo ello con fundamento en el artículo 32, b) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), y normas concordantes y consideraciones de posterior análisis.

SÉPTIMO.- El 4 de julio de 2017 el Secretario General de la Consejería competente solicita de la Dirección de los

Servicios Jurídicos la emisión de su preceptivo Dictamen.

OCTAVO.- El 12 de julio de 2017 el Consejero competente, con fundamento en el artículo 22.1,d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) acuerda la suspensión del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento, con efectos desde la solicitud del citado informe (que cifra en el 5 de julio de 2017), hasta su recepción, lo que se comunica al interesado.

NOVENO.- El 18 de octubre de 2017 la citada Dirección General remite el informe interesado, en el que, en síntesis, concluye que, dado que el acto al que es referible primariamente la infracción de tener por subsanada la falta de acreditación de la solvencia técnica de --, cuando de lo actuado se deduce que no fue efectivamente subsanada, es el acuerdo de la Mesa de Contratación por el que se tuvo por subsanado tal defecto, tal infracción ha de calificarse como vicio de anulabilidad, a depurar mediante el procedimiento de declaración de lesividad (art. 107 LPACAP) y no el establecido para la declaración de nulidad radical en el 106 de dicha ley.

DÉCIMO.- El 26 de octubre de 2017 el citado Secretario General formula una nueva propuesta de resolución, en los mismos términos que la anterior, añadiendo, frente a las consideraciones del informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, que el incumplimiento por la adjudicataria de los requisitos de solvencia técnica, por las razones en su momento señaladas, análogas a las expresadas por el TACRC para el Lote 2, es causa de nulidad radical del acto de adjudicación objeto de este procedimiento, ex artículo 32, b) TRLCSP. Además, frente a la alegación del interesado de que en España no hay entidades certificadas por ENAC sobre la Norma UNE-EN 62471:2009 a que se refiere el artículo 15.1.1 PCAP, la propuesta expresa que dicho pliego permite acudir a otras entidades internacionales equivalentes a ENAC, como hizo la empresa al acudir a una entidad china (aunque extemporáneamente, lo que relevó de evaluar su aptitud certificante a los efectos del contrato, vid. f.j tercero, 2, penúltimo párrafo, de dicha propuesta).

UNDÉCIMO.- El 26 de octubre de 2017 dicho Secretario General, por delegación del Consejero, solicita de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto reglamentarios.

DUODÉCIMO.- El 2 de noviembre de 2017, el citado Consejero dicta Orden por la que acuerda suspender el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento, con efectos desde la solicitud del Dictamen, lo que comunica al interesado.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, y es vinculante en los términos establecidos en el artículo

106.1 LPACAP, en concordancia con lo establecido en los artículos 34.1 TRLCSP y 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

I. Dada la fecha de su iniciación, el procedimiento de referencia se rige por la LPACAP, por reenvío del artículo 34.1 TRLCSP, con la adaptación pertinente a aquella ley.

Por lo que se refiere al plazo máximo de resolución y notificación de ésta, es de seis meses, por aplicación del artículo 106.5 LPACAP, sin perjuicio de las acordadas suspensiones de dicho plazo, que en el presente caso son dos, fundadas ambas en el artículo 22.1,d) de dicha ley, por la respectiva solicitud de los informes preceptivos de la Dirección de los Servicios Jurídicos y de este Consejo Jurídico. Sobre la operatividad del instituto de la caducidad nos remitimos a previos y numerosos Dictámenes de este Consejo, en los que nos decantamos por considerar como fecha de interrupción o suspensión de estos plazos la del registro de salida del escrito de petición del Dictamen, pues con tal fecha se da la más adecuada fehaciencia a la voluntad del órgano competente de recabar el informe. Hoy ha de admitirse la fecha de la firma electrónica del escrito de solicitud de informe, en su caso. También hemos distinguido entre el acto de suspender el plazo, que es un acto de trámite de instrucción del procedimiento, y que corresponde dictar, por ello, al instructor del mismo, del acto de solicitud del informe de que se trate, que corresponde al órgano en cada caso competente para la solicitud, advirtiendo que la suspensión del plazo acordada por el instructor con base en la correspondiente solicitud de informe sólo es efectiva, por tanto, en la fecha de salida o de la firma electrónica, en su caso, de dicha solicitud.

Por otra parte, en el reciente Dictamen nº 26/18 sostuvimos que la facultad de suspensión del plazo ha de hacerse de forma prudente y motivada, expresando, en concreto, para el caso de la solicitud de informe a la citada Dirección, que *"con carácter ordinario y salvo que concurran circunstancias singulares que así lo aconsejen y se justifique, no habría de declararse la suspensión del transcurso del plazo máximo de resolución cuando en el procedimiento de revisión de oficio se solicite el informe preceptivo de la Dirección de los Servicios Jurídicos, pues existe otra institución que, como supremo órgano asesor en materia jurídica, ha de intervenir preceptivamente en el mismo procedimiento y que está llamado a pronunciarse en Derecho sobre las mismas cuestiones que son objeto del informe de la Dirección"*, es decir, este Consejo Jurídico.

Teniendo en cuenta ello, debe decirse que, en principio, los supuestos en los que, como el objeto de Dictamen, se propone la revisión de oficio de un acto de adjudicación de un contrato administrativo, son más proclives a encajar en la excepción a que se refiere el Dictamen 26/2018 citado para que se pueda ejercitar la potestad de suspensión del procedimiento al solicitar el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, siempre que tal declaración de caducidad pueda acarrear graves perjuicios para el buen funcionamiento de los servicios públicos o, lo que es lo mismo, para el interés general.

Así podría entenderse ahora, ya que tal eventual declaración de caducidad podría implicar mantener una situación indeseable, cual es un indebido y prolongado retraso en el tiempo del suministro que el objeto del contrato pretende para el buen funcionamiento de la iluminación en los hospitales.

No obstante, como pauta general, debe tenerse presente que, como se dijo en el indicado Dictamen 26/2018, *"continúan siendo aplicables los criterios hermenéuticos que han venido rigiendo la interpretación de las*

causas o supuestos de suspensión, singularmente aquellos que abogan por su carácter restrictivo y que vinculan la decisión suspensiva a la finalidad a que tales supuestos responden, que no es otra que la de evitar que la Administración, que ha actuado de forma diligente en la instrucción del procedimiento, se vea imposibilitada de resolver y notificar en plazo (dando lugar a consecuencias como la caducidad del procedimiento), por causas ajenas a ella o por circunstancias que escapen a su control. Imposibilidad que puede afectar no sólo a la vertiente formal del procedimiento sino también trascender al aspecto material o sustancial de la decisión a adoptar, cuando el informe tiene por objeto ilustrar o facilitar a la Administración los elementos de juicio necesarios para el mejor acierto en su actuación y en el dictado de una resolución cabal".

A partir de todo lo anterior, procede realizar el cómputo del plazo máximo de resolución y notificación de seis meses considerando las dos suspensiones acordadas del mismo. Así, iniciado el procedimiento y el citado plazo el 21 de abril de 2017 (con vencimiento, en principio, el 21 de octubre siguiente, contado de fecha a fecha), fue suspendido el 4 de julio, se reanudó el 5 de octubre de 2017 (a los tres meses de la solicitud de informe a la citada Dirección General), se volvió a suspender el 26 de octubre de 2017 y se ha vuelto a reanudar el 27 de enero de 2018 (a los tres meses de la solicitud de Dictamen a este Consejo Jurídico). Considerando el tiempo transcurrido de las dos suspensiones (seis meses en total) y añadiéndolo al inicial plazo máximo legalmente establecido, el dictado de la resolución final del procedimiento y la notificación de la misma deberá producirse como máximo el 23 de abril de 2018 (pues el 21 y 22 de ese mes son inhábiles, conforme al artículo 30.2 y 5 LPACAP).

II. Por lo que se refiere al resto de formalidades, no cabe oponer objeciones esenciales, pues consta la audiencia al interesado, la solicitud de los informes preceptivos y la formulación de la propuesta de resolución.

TERCERA.- La falta de acreditación de la solvencia técnica como causa de nulidad radical de los actos preparatorios o el de adjudicación, de un contrato del sector público en cuanto se refieran a un licitador que no acredite dicha solvencia.

I. En cuanto a lo que pueda ser objeto de declaración de nulidad por causas de Derecho Administrativo, de los artículos 34.1 y 35.1 TRLCSP se desprende que pueden serlo tanto alguno de los actos preparatorios como el de adjudicación del contrato y, también, como efecto derivado de la nulidad de alguno de aquéllos, la del mismo contrato del sector público. Por esto último, cuando el acto de adjudicación traiga causa de un acto preparatorio incurso en nulidad radical, dicha nulidad se comunicará al acto de adjudicación (y, en su caso, al contrato mismo, de haberse perfeccionado).

Por otra parte, el artículo 32, b) TRLCSP establece que será causa de nulidad de pleno Derecho (aplicable a cualquiera de los actos administrativos o contrato antes dichos) la falta de solvencia técnica "*debidamente acreditada*" del adjudicatario del contrato.

II. Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, del expediente remitido se desprende que, en relación con la adjudicación del Lote 1 del contrato de referencia, objeto de esta revisión de oficio, el adjudicatario presentó la misma documentación, y en las mismas fechas, que para el Lote 2. Sobre la adjudicación de este Lote 2, el TACRC resolvió que la Mesa de Contratación del SMS no debió admitir como válidos los documentos sobre solvencia técnica presentados por el adjudicatario. Ello lo fundaba en que los certificados aportados para acreditar la solvencia técnica de la empresa y producto exigidos por la cláusula 15.1.1 PCAP no reunían los requisitos allí exigidos: es decir, por un lado, no concurría la acreditación del informante por parte de ENAC o una entidad certificadora internacional equivalente, para el caso de los aportados certificados del Laboratorio de Física de la Universidad de Zaragoza; o, sin entrar en la posible equivalencia con ENAC de la entidad china certificante del

laboratorio chino cuyo informe aportaba la licitadora (luego adjudicataria) en trámite de subsanación de documentación acordado por la Mesa de Contratación, concluyó el TACRC que se trataba de un documento de fecha posterior a la de finalización del plazo de presentación de ofertas, lo que lo hacía inadmisibile por extemporáneo. Por todo ello, es decir, por no acreditar en tiempo y forma -- su solvencia técnica, el TACRC declaró que debió procederse en su día a su "exclusión" de la licitación (por la Mesa de Contratación, en el trámite de fiscalización de la subsanación de deficiencias, hay que entender, vid. el fundamento jurídico octavo, antepenúltimo párrafo, de su Resolución, f. 255 exp.), acordando dicho Tribunal, en consecuencia, que *"procede declarar la nulidad de la resolución de adjudicación"* del Lote 2 a favor de la citada mercantil.

A partir de lo anterior, la adjudicataria no ha acreditado circunstancia alguna que permita variar, para el Lote 1, de tramitación simultánea con el Lote 2, la misma conclusión sostenida por el TACRC para este último, es decir, la inaptitud de los documentos presentados para acreditar su solvencia técnica, por lo que la oferta para dicho Lote 1 también debió ser inadmitida por la Mesa de Contratación en el trámite de verificación de la subsanación de las deficiencias advertidas en este aspecto.

En el expediente remitido no obra ningún acuerdo de la Mesa de Contratación en el que razone su parecer sobre el resultado del trámite de subsanación de deficiencias de la documentación advertidas en su previo acuerdo de 1 de abril de 2016 (apertura del sobre "A", f. 137 y sgtes.), sino sólo su acuerdo de 15 de abril siguiente (apertura del sobre "C", f. 203 y sgtes.), en el que expresa que se da lectura *"al resultado de la valoración de la documentación técnica incluida en los sobres "B", todas las ofertas admitidas"*, para seguidamente excluir de la licitación del Lote 1 a dos empresas por superar su oferta el precio máximo unitario de licitación, y luego proponer al órgano de contratación la adjudicación de dicho Lote 1 a --, como única empresa que reunía, según su criterio, todos los requisitos, jurídicos, técnicos y económicos exigibles.

Por tanto, en la medida en que el citado acuerdo de la Mesa de 15 de abril de 2017 no declaró la exclusión de la licitación a -- por no acreditar la solvencia técnica exigida en los pliegos contractuales, incurrió en la causa de nulidad de pleno Derecho prevista en el artículo 32, b) TRLCSP, que resulta aplicable tanto a los actos preparatorios (como el citado de 15 de abril de la Mesa de Contratación) como al posterior acto de adjudicación del contrato; por ello, la nulidad radical de dicho acuerdo de la Mesa de Contratación se transmitió o comunicó a la Resolución del Director Gerente del SMS de 30 de septiembre de 2016 por la que se adjudicó el Lote 1 a --.

III. En el presente caso, es decir, para el tan repetido Lote 1, y frente a lo resuelto por el TACRC para el Lote 2 (declaración de nulidad de la correspondiente resolución de adjudicación y retroacción de actuaciones al momento anterior a aquél en que la Mesa de Contratación debió excluir a -- de la licitación, supuesto en el que había otros licitadores admitidos), aquí resulta que la Mesa de Contratación, en acuerdos que no constan impugnados, excluyó de la licitación a los demás licitadores distintos a --. Ello implica que, por economía procesal, no resulte procedente acordar retroacción alguna de actuaciones, ya que no habría ninguna otra licitadora admitida para poder ser adjudicataria de dicho Lote 1. En consecuencia, procede que el órgano de contratación acuerde declarar la nulidad de la citada Resolución de 30 de abril de 2016 y el archivo del procedimiento de contratación, sin perjuicio, obviamente, de la posibilidad de tramitar uno nuevo con el mismo objeto.

A efectos de dicho nuevo procedimiento, es conveniente añadir que los servicios técnicos del SMS deben determinar si resulta cierta la alegación del interesado de que en España no hay entidad certificante a los fines pretendidos por el artículo 15.1.1 PCAP sobre la Norma UNE-EN allí citada, pues en tal caso en los nuevos pliegos habría de establecerse con la necesaria concreción y claridad qué hubiera de entenderse por entidades certificantes internacionales equivalentes a ENAC, pues de lo contrario la Mesa de Contratación podría verse en dificultades no deseadas a la hora de resolver sobre la admisibilidad de los informes y certificaciones que se presentaren para cumplir con el indicado requisito de solvencia técnica (vid. lo expresado en el Antecedente

Décimo).

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede declarar la nulidad de pleno Derecho de la Resolución de 30 de septiembre de 2016 del Director Gerente del SMS objeto del procedimiento de revisión de oficio de referencia, sin necesidad de retroacción de actuaciones, con el posterior archivo del procedimiento, todo ello por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

SEGUNDA.- En consecuencia, la propuesta de resolución consultada se dictamina favorablemente en cuanto a su pretensión de declarar la nulidad de pleno Derecho de la citada Resolución, y desfavorablemente en lo atinente a la pretendida retroacción de actuaciones en el procedimiento de referencia.

No obstante, V.E. resolverá.

