

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 15 de marzo de 2017.

VISTO el recurso especial interpuesto por don D.G.C., en nombre y representación de Etosa Obras y Servicios Building, S.L.U. (Etosa), contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 13 de febrero de 2017, por el se excluye su oferta de la licitación del contrato de obras para la construcción de 95 viviendas VPPB, trasteros y garajes en la calle Reyes Católicos, n.º 7, parcela RM 9.2 del Sector Sur 11 “Valenoso” del PGOU de Boadilla del Monte, propiedad de la Empresa Municipal del Suelo y Vivienda de Boadilla del Monte, S.A.U., número de expediente: CO-02/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 8 y 18 de noviembre de 2016, se publicó respectivamente en el DOUE, Perfil de contratante y en el BOE, la convocatoria del contrato de referencia, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 8.651.520 euros.

Segundo.- Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su cláusula 17.4.1. C, dispone lo siguiente:

“C (...)

Con objeto de acreditar la solvencia a que se refiere el artículo 64 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), se exige a los licitadores el compromiso de adscribir específicamente a la ejecución del contrato los medios personales que cumplan las siguientes condiciones:

Un equipo técnico básico compuesto por un Delegado de Obra, con capacidad para representar al adjudicatario en todo cuanto afecte a la ejecución de las obras que se lleven a cabo, así como un Jefe de Obra, un Jefe de Producción y un Encargado General que cumpla, cada uno de estos tres últimos, con los siguientes requisitos: dedicación plena, conocimientos técnicos demostrables y acreditada experiencia en el desarrollo de, al menos, dos obras de esta naturaleza (uso residencial plurifamiliar, siendo al menos una de ellas, bajo algún régimen de protección, y número de viviendas igual o superior a 80, en cada una de las obras), cuyo inicio y finalización hayan tenido lugar dentro de los últimos siete años, que se acreditará mediante certificado de buena ejecución firmado por la propiedad y la dirección facultativa responsable de las obras”.

Tercero.- A la licitación convocada se presentaron 14 empresas, entre ellas la recurrente.

Realizada la tramitación pertinente, con fecha 31 de enero de 2017, la Mesa de contratación se reunió para examinar la documentación administrativa presentada y solicitar en su caso las subsanaciones oportunas.

De acuerdo con el informe realizado por los servicios técnicos, la Mesa acordó solicitar subsanación de la documentación relativa al equipo técnico básico, a 9 licitadores. En relación con la recurrente, consta que se acuerda requerirle para subsanar la siguiente documentación:

“En relación a la establecido en la cláusula 17 apartado 4,1 letra C Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas Particulares, y con objeto de acreditar la solvencia a que se refiere el artículo 64 del TRLCSP, se requiere que aporte el

compromiso de adscribir específicamente a la ejecución del contrato los medios personales que cumplan las siguientes condiciones:

(sigue el texto del PCAP...) que se acreditará mediante certificado de buena ejecución firmado por la propiedad y la dirección facultativa responsable de las obras”.

En consecuencia se le otorga un plazo de tres días para subsanar la documentación presentada.

La recurrente presentó dentro del plazo conferido la documentación que consideró se le había solicitado, constando dos certificados de buena ejecución de obras con los requisitos expresados y un cuadro explicativo en el que se incluyen los nombres de las personas de la empresa intervinientes en la misma.

Cuarto.- Con fecha 13 de febrero de 2017, se reúne de nuevo la Mesa de contratación para examinar la documentación recibida y acordó admitir únicamente a tres de las empresas y excluir a cuatro, entre ellas la recurrente, *“por no aportar certificados de buena ejecución nominativos del Jefe de Obra, el jefe de Producción y el Encargado General”.*

El Acuerdo fue notificado por correo electrónico a la empresa, el día 16 de febrero de 2017.

En la notificación consta literalmente como causa de la exclusión: *“se acuerda no admitir su oferta debido a que la citada empresa no acredita la Solvencia Técnica, conforme a los términos establecidos en los Pliegos de Cláusulas Administrativas y Prescripciones Técnicas Particulares en relación con el requerimiento de la Cláusula 17ª 4.1 de la Solvencia económica, técnica y financiera en cuanto se exige a los licitadores el compromiso de adscribir específicamente a la ejecución del contrato los medios personales que cumplieran con los siguientes requisitos...”* y a continuación se reproduce el apartado correspondiente del Pliego.

Quinto.- El día 1 de marzo de 2017, se interpone por la representación de Etosa, ante el órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación contra la exclusión de su oferta alegando que *“dicha exclusión carece de toda justificación ya que la esencia de la misma es una documentación que fue aportada en el cumplimiento del requerimiento de subsanación realizado el día 6/02/2017”*. Además, añade que los modelos de certificados de buena ejecución en el sector obras aparecen contemplados en la página del Ministerio de Hacienda y Función Pública, y argumenta que *“entendemos que ha podido producirse un error por cuanto los certificados de buena ejecución aportados por esta parte al expediente.”*

Solicita se dicte resolución estimatoria del recurso y se admita su oferta.

Sexto.- El órgano de contratación remitió el recurso y el expediente al Tribunal el día 6 de marzo de 2017, junto con el informe preceptivo sobre el recurso.

En el informe da cuenta de los trámites seguidos y manifiesta que en la documentación aportada en fase de subsanación no se incluyen los certificados de buena ejecución nominativos del Jefe de Obra, el Jefe de Producción y el Encargado General por lo que procede su exclusión. Argumenta también que la cláusula citada es conforme con lo establecido en el artículo 64 del TRLCSP y con la Directiva 2014/24/UE y que otros licitadores fueron requeridos por la misma cuestión y subsanaron en plazo por lo que admitir a la recurrente iría contra el principio de concurrencia.

Séptimo.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Transcurrido el plazo no se han presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Etosa Obras y Servicios Building, S.L.U., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una licitadora excluida *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*. Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra la exclusión de la empresa de la licitación de un contrato obras sometido a regulación armonizada, el acto es recurrible de acuerdo con lo previsto en el artículo 40.1. a) y 2. b) del TRLCSP.

Cuarto.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2. b) del TRLCSP pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 13 de febrero de 2017, notificado el día 16 de febrero, e interpuesto el recurso el día 1 de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la notificación, de conformidad con el artículo 44. 2 b) del TRLCSP.

Quinto.- La empresa recurrente alega que se han subsanado los defectos de acreditación de la solvencia exigidos por el PCAP en los términos del requerimiento, por cuanto ha presentado los dos certificados de buena ejecución y la documentación acreditativa del cumplimiento de los demás requisitos del equipo técnico propuesto, de acuerdo con lo previsto en el PCAP.

El órgano de contratación por su parte, interpreta el Pliego en el sentido de que el certificado de buena ejecución mencionado en la cláusula 17, debe ser nominativo, es decir, debe constar el nombre del miembro del equipo propuesto.

Expuestas la posiciones de las partes y entrando al fondo del recurso, debe recordarse que los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de

septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido.

En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

En el presente caso el Pliego no ha sido impugnado por lo que debe entenderse que los licitadores han aceptado todos sus extremos.

Ahora bien, el que no se hayan impugnado los Pliegos no significa que la redacción de los mismos sea lo suficientemente clara y precisa para permitir la presentación de la documentación de forma correcta.

En el caso planteado se observa que de 14 licitadores, 9 fueron requeridos para subsanar la documentación precisamente sobre el aspecto debatido en el recurso, la acreditación de la experiencia de los miembros del equipo técnico propuesto, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 17 apartado 4.1 C del PCAP.

Procede por tanto analizar los términos de dicha cláusula, al objeto de comprobar si su redacción es suficientemente clara e inequívoca.

Como se ha indicado en los hechos la cláusula establece: *“(...) se exige a los licitadores el compromiso de adscribir a la ejecución del contrato los medios personales que cumplan las siguientes condiciones:*

Un equipo técnico básico compuesto por un Delegado de Obra, con capacidad para representar al adjudicatario en todo cuanto afecte a la ejecución de las obras que se lleven a cabo, así como un Jefe de Obra, un Jefe de Producción y un Encargado General que cumpla cada uno de estos tres últimos con los siguientes requisitos: dedicación plena, conocimientos técnicos demostrables y acreditada experiencia en el desarrollo de, al menos, dos obras de esta naturaleza (uso

residencial plurifamiliar, siendo al menos una de ellas, bajo algún régimen de protección, y número de viviendas igualo superior a 80, en cada una de las Obras), cuyo inicio y finalización hayan tenido lugar dentro de los últimos siete años, que se acreditará mediante certificado de buena ejecución firmado por la propiedad y la dirección facultativa responsable de las obras”.

De la redacción anterior podemos concluir que los requisitos del jefe de obra, jefe de producción y encargado son: dedicación plena, conocimientos técnicos demostrables y acreditada experiencia en el desarrollo de, al menos, dos obras de la naturaleza exigida.

Por lo que se refiere a la acreditación de los mismos, el PCAP indica: *“que se acreditará mediante certificado de buena ejecución firmado por la propiedad y la dirección facultativa responsable de las obras”.*

Resulta obvio que el PCAP no señala que esos certificados de buena ejecución deban ser nominativos y además, por su propia naturaleza, los certificados de buena ejecución lo que certifican es precisamente que una determinada empresa contratista ha ejecutado una obra o servicio a satisfacción del cliente y no incluyen la referencia a los profesionales que han participado en la misma.

De ahí proviene la confusión en la interpretación del PCAP, la recurrente entendió que debía aportar certificados de buena ejecución de la obra y aparte la indicación de los profesionales de las categorías exigidas, que habían participado en las mismas.

Esa interpretación debe considerarse aceptable, de acuerdo con la redacción del PCAP puesto que si el órgano de contratación pretendía que se presentase una certificación adicional relativa a que ese personal había participado en las obras certificadas, como acreditación de su experiencia, debería haber indicado que se requería un certificado de participación o intervención en la obra y no referirse únicamente al certificado de buena ejecución.

Es pertinente la mención que hace la recurrente a los modelos de certificación de buena ejecución de obras que aparecen en la página del Ministerio de Hacienda y Función Pública, en los que no consta el nombre de los profesionales intervinientes sino solo la ejecución correcta del contrato, por la empresa contratista.

Por lo tanto, debe concluirse que la cláusula del Pliego es oscura y eso explica el número elevado de licitadores que han debido subsanar y el número de exclusiones, por no haberlo hecho de forma correcta a juicio del órgano de contratación.

Esto nos lleva además a otro de los argumentos de la recurrente, que si bien no lo indica de forma expresa se deduce de su recurso. La existencia de una falta de motivación, tanto en la petición de subsanación como en la notificación de la exclusión.

La recurrente alega en su recurso que su exclusión que debe tratarse de un error puesto que ha presentado los certificados de buena ejecución exigidos. Ello demuestra a todas luces que desconoce el motivo de la exclusión puesto que esa exigencia de que los certificados, con independencia de si han de ser de buena ejecución o no, sean nominativos, no aparece ni en el requerimiento de subsanación, que se limita a copiar lo que dice el PCAP, ni en la notificación de la exclusión de 16 de febrero, en la que como hemos visto solo consta : *“se acuerda no admitir su oferta debido a que la citada empresa no acredita la Solvencia Técnica, conforme a los términos establecidos en los Pliegos de Cláusulas Administrativas y Prescripciones Técnicas Particulares en relación con el requerimiento de la Cláusula 17ª 4.1 de la Solvencia económica, técnica y financiera en cuanto se exige a los licitadores el compromiso de adscribir específicamente a la ejecución del contrato los medios personales que cumplieran con los siguientes requisitos (...)”* y a continuación se reproduce el Pliego.

El Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, establece en el artículo 22 las funciones de la Mesa de contratación, y en concreto que le corresponde calificar la documentación de

carácter general acreditativa de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica financiera, técnica y profesional de los licitadores y demás requisitos a que se refiere el artículo 146.1 del TRLCSP y comunicar a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación, así como determinar los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

El Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), en vigor en cuanto no sea contrario a lo dispuesto en el TRLCSP en esta materia, ni a lo previsto en su norma de desarrollo parcial, en su artículo 81 dispone que *“Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada lo comunicara verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego concediéndoles un plazo no superior a tres días hábiles para que los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”*.

Según las normas citadas, la Mesa de contratación debe conceder plazo para subsanación de defectos detectados en la documentación administrativa presentada, pero evidentemente, por razones de seguridad jurídica y transparencia, indicando claramente cuáles son esos defectos, sin que sea suficiente referirse a lo dispuesto en los Pliegos, para que la empresa sepa qué extremos son los que debe subsanar y en su acaso por medio de qué documentos.

No habiéndose hecho así en este caso, como se ha demostrado, debe estimarse parcialmente el recurso, anulando el acuerdo de exclusión y retro trayendo las actuaciones al momento de requerir la subsanación de la documentación.

El requerimiento deberá indicar que la acreditación de la experiencia del equipo exigido podrá hacerse, mediante la aportación de un certificado de participación del profesional propuesto en las obras, cuya buena ejecución se ha

acreditado, emitido por la propia empresa contratista de las mismas o por la propietaria de las obras.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP 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 parcialmente el recurso especial, interpuesto por don D.G.C., en nombre y representación de Etosa Obras y Servicios Building, S.L.U. (Etosa), contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 13 de febrero de 2017, por el se excluye su oferta de la licitación del contrato de obras para la construcción de 95 viviendas VPPB, trasteros y garajes en la calle Reyes Católicos, nº 7, parcela RM 9.2 del Sector Sur 11 “Valenoso” del PGOU de Boadilla del Monte, propiedad de la Empresa Municipal del Suelo y Vivienda de Boadilla del Monte, S.A.U., anulando la exclusión de la recurrente y retrotrayendo las actuaciones al momento de solicitud de subsanación de la documentación, que deberá realizarse en los términos expuestos en la presente 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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.