

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

En Madrid, a 13 de julio de 2016.

VISTA la reclamación interpuesta por doña Y.C.C., en nombre y representación de VIAS Y CONTRUCCIONES, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento del sistema de apoyo y guiado de la infraestructura de vía”, en su lote 2, nº 6011500293, convocado por Metro de Madrid, S.A, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 6, 13, 26 y 30 de enero de 2016, se publicó respectivamente en el DOUE, BOCM, Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y BOE., el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, dividido en dos lotes en función de la zona de actuación, con un valor estimado de 15.999.997,32 euros, a adjudicar mediante procedimiento abierto y criterio único precio, mediante la petición sucesiva de ofertas en la fase de determinación final del precio, que será fijado mediante precios unitarios referidos a unidades de ejecución.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron siete licitadoras, entre ellas la recurrente, tres de ellas al lote 2, que constituye el objeto de impugnación del presente recurso y cuatro al lote 1.

Una vez realizado el análisis de las ofertas económicas iniciales y de conformidad con lo establecido en el Pliego de Condiciones Particulares se procedió a la determinación final del precio en fecha 4 de marzo de 2016. Como resultado del análisis de esta información, la oferta de la empresa Contratas y Ventas, S.A. (en adelante, CONVENSA) resultó estar incurso en presunción de temeridad conforme a las previsiones del Pliego de Condiciones Particulares en adelante (PCP), “(...).

2. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media.

(...).”

Con fecha 17 de marzo se requirió a la CONVENSA para que justificara la viabilidad de su oferta, para lo que aporta un escrito de fecha 23 de marzo, que fue considerado suficiente por el Servicio Técnico de Metro de Madrid S.A., que sirvió de base para que Mesa de Contratación de Metro de Madrid, S.A. acordara la admisión de la oferta y realizara la propuesta de adjudicación del Lote 2 a la misma, por un importe de 7.999.998,66 euros.

Por último con fecha 7 de junio se comunica la propuesta de adjudicación del lote 2 a CONVENSA, requiriéndole para presentar la documentación correspondiente para la formalización del contrato y al resto de los interesados, e informando de que conforme a lo establecido en el Capítulo I del Título VII de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, cabe interponer reclamación ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

El 23 de junio de 2016, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 104.1 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE) efectuada el día 20 del mismo mes, se presentó reclamación, ante este Tribunal, lo que se comunicó al órgano de contratación a efectos de que remitiera el expediente administrativo y el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 105.2 de la LCSE, que fue remitido el día 4 de julio de 2016.

Solicita la recurrente que se declare nulo y se deje sin efecto el Acuerdo de adjudicación, y declare excluido de la licitación del lote 2 a la adjudicataria del mismo, al infringir la prohibición de concurrir a dos lotes del mismo contrato, al no cumplir el requisito de adscripción de medios humanos descrito en el PCT y el cuadro de características técnicas, y por incumplir la obligación de justificación de viabilidad de su oferta. Asimismo solicita que se practique la prueba documental pública y testifical: Consistente en que se tome declaración al representante de CONVENSA y a don J.C.P.

Por su parte el órgano de contratación en el informe preceptivo a que se refiere el artículo 105.2 de la LCSE, concluye solicitando que desestime el recurso considerando que la licitación se ha ajustado a las normas y principios que rigen la contratación pública y a los pliegos de condiciones que la han regido y que en modo alguno se ha vulnerado por parte de Metro de Madrid, S.A. el principio de legalidad, por lo que no procede la anulación de la Resolución dictada por el órgano de contratación de Metro de Madrid, S.A. por la que se acordó la adjudicación del contrato objeto de licitación a CONTRATAS Y VENTAS, S.A.

Tercero.- Por la Secretaría del Tribunal se ha concedido trámite de audiencia al resto de interesados en el expediente administrativo, habiendo presentado escrito de alegaciones la empresa Contratas y Ventas S.A., el día 12 de julio de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 la presente reclamación.

Segundo.- La reclamación se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios, convocado en enero de 2016, cuyo valor estimado asciende a 15.999.997,32 euros, encuadrable en la categoría 1 “servicios de mantenimiento y reparación”, del Anexo II A de la LCSE, que supera los umbrales establecidos en el artículo 16 de la misma, al ser su valor estimado superior a 414.000 euros, por lo que es susceptible de reclamación.

Tercero.- La recurrente se encuentra legitimada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE, “*podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación*”, al ser la segunda clasificada para la adjudicación del lote 2 del contrato, de manera que la eventual estimación del recurso la colocaría en la posición de ser adjudicataria.

Se acredita asimismo la representación con que actúa la firmante de la reclamación.

Cuarto.- Respecto del plazo de interposición de la reclamación, ésta se dirige contra la adjudicación del contrato cuya notificación le fue remitida por correo electrónico el 7 de junio, interponiéndose la reclamación ante este Tribunal el día 23 del mismo mes, por lo tanto, dentro del plazo establecido en el artículo 104.2 de la LCSE.

Quinto.- En cuanto a la celebración de la prueba solicitada por la recurrente, el Tribunal, para acordar la resolución del recurso, ha considerado la documentación que obra en el expediente, la aportada por la recurrente y la aportada con el escrito de alegaciones de Convensa, documentación que es coincidente con los datos obrantes en el expediente. El Tribunal considera que el recurso puede ser resuelto sin necesidad de nuevas pruebas ni nuevas alegaciones, sin que resulte procedente admitir el otro medio solicitado, testifical: Consistente en que se tome declaración al representante de CONVENSA y don J.C.P., por cuanto ello no vendría a aportar elementos de convicción distintos de los que pueden haberse aportado en el escrito de alegaciones de Convensa.

La prueba es un acto de instrucción del procedimiento consistente en la comprobación de los datos incorporados al expediente. Ha de versar sobre “los hechos relevantes para la resolución del recurso”. Su finalidad es provocar el convencimiento del titular de la competencia decisoria. Por tanto procedería la apertura de un periodo de prueba cuando no se tienen por cierto los hechos alegados por los interesados y consecuentemente no procede cuando los hechos son admitidos o reconocidos por las partes, pues como ocurre en este procedimiento la documentación que se adjunta a la oferta, es suficiente para comprobar los hechos determinantes de la resolución que se adopte.

El Tribunal ha de pronunciarse sobre los datos obrantes en el expediente, pero no basta con que esos datos hayan sido aportados al procedimiento, es necesario que esos datos hayan sido comprobados como veraces. Esa es la actividad de prueba con la que se trata de averiguar la realidad o certeza de los actos que han de ser tenidos en cuenta en la resolución final. No se pone en cuestión la veracidad o el contenido de la documentación aportada junto con las ofertas, por tanto ha de tenerse por cierto lo en ellas manifestado.

En consecuencia, este Tribunal de acuerdo con lo previsto en el artículo 80.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC),

deniega la realización del medio de prueba pericial propuesto por considerarlo innecesario.

Sexto.- Entrando al fondo de la cuestión debatida, son tres los motivos que hace valer la recurrente para fundamentar su pretensión de nulidad de la adjudicación del contrato, en concreto la infracción de la prohibición de concurrir a dos lotes del mismo contrato, el incumplimiento del requisito de adscripción de medios humanos descrito en el PCT y el cuadro de características técnicas, y por falta de justificación de viabilidad de la oferta de la adjudicataria incurso en presunción de temeridad.

1. Infracción de la prohibición de concurrir a dos lotes del mismo contrato:

Consta en el punto 6.B) del cuadro resumen del PCT, “Limitación a la presentación de ofertas”, que se podrá presentar oferta únicamente para un solo lote. Explica la reclamante que la empresa Fomento de Construcciones y Contratas, FCC, había concurrido a la licitación del lote 1 y que Convensa lo hizo para el lote 2, ofertando ambas la misma cantidad, a pesar de que las zonas de actuación de cada lote y por ende de los trabajos a realizar difieren y que FCC posee la total participación de la empresa Convensa, que pertenece a la matriz FCC, lo que según se aduce se puso en conocimiento de la Mesa mediante escrito de fecha 1 de junio de 2016, si bien dicho escrito no aparece incorporado al expediente administrativo, aunque tampoco se niega de contrario su existencia.

Además señala la recurrente que tan solo FCC cumple con los requisitos de solvencia y adscripción de medios exigidos, recurriendo Convensa a los de FCC al carecer de medios humanos propios contraviniendo no solo lo establecido en el PCT sino los principios de igualdad, confianza legítima, y de transparencia que deben regir la licitación.

Por su parte el órgano de contratación aduce que en los pliegos la posibilidad de presentación de ofertas para cada lote por empresas vinculadas no estaba prohibida, citando en apoyo de la legalidad de tal falta de prohibición, la Sentencia

del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de mayo de 2009, el Informe 1/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Extremadura y la Resolución nº 838/2015, de 18 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por último Covensa en el trámite de alegaciones sostiene que se trata de una empresa distinta de FCC aunque pertenezca al mismo grupo empresarial, sin perjuicio de lo cual, señala que a diferencia del contrato de concesión de obra pública, la ley no prohíbe concurrir a la misma licitación a empresas vinculadas, como tampoco lo hacen los pliegos de esta licitación.

De la propia doctrina citada por el órgano de contratación puede extraerse que *“la exclusión sistemática de empresas vinculadas entre sí del derecho a participar en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos públicos sería contraria a una aplicación eficaz del Derecho comunitario. En efecto, dicha solución reduciría considerablemente la competencia en el ámbito comunitario”,* con carácter general, si bien al caso concreto *“no debemos ser ajenos a que una relación de vinculación entre empresas puede influir en el contenido de sus ofertas presentadas por separado, por lo que ello exige un examen y una apreciación de los hechos, pero supuesto a supuesto: la constatación de tal influencia, sin importar la forma, es suficiente para excluir a dichas empresas del procedimiento en cuestión”,* *“No corresponde, pues, al órgano de contratación la apreciación de que existen, en perjuicio de los intereses públicos, prácticas colusorias entre las empresas participantes en una licitación. Esa tarea es competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”.*

El principio de proposición única, está recogido en el tercer apartado del artículo 145 del TRLCSP, cuando afirma que *“Cada licitador no podrá presentar más de una proposición”,* si bien para los contratos de servicios se indica que la presentación de la ofertas por empresas vinculadas solo tendrá los efectos que se determinen en cuanto a la apreciación de las bajas temerarias. Este precepto tiene su origen en la necesidad de preservar el principio de igualdad y de libre

conurrencia partiendo de que si la finalidad de todo empresario (individual o agrupación de varios a través de una UTE) que concurre a la licitación de un contrato público, es la de ser el adjudicatario de ese contrato y éste ha de adjudicarse a la proposición económicamente más ventajosa, no es posible que ese empresario pueda presentar al mismo tiempo dos o más proposiciones más ventajosas o más económicas por la sencilla razón de que el licitador no puede licitar contra sí mismo, como ya dijimos en nuestra Resolución 3/2012, de 18 de enero de 2012.

Además el principio de igualdad tiende a garantizar que los diferentes empresarios que puedan estar interesados en una contratación ostenten las mismas oportunidades, lo que supone que si un licitador puede presentar más de una oferta este hecho le podría colocar en una situación de ventaja en relación con el resto de empresarios que concurren a la contratación y suponer una manipulación del procedimiento y de la adjudicación en cuanto a la selección de la proposición económica más ventajosa.

Ahora bien, en el presente caso no se trata de examinar si hay conducta colusoria de la competencia o cuando menos una actitud que tenga por objeto falsear el resultado de la libre competencia al presentarse dos ofertas a una misma licitación por empresas vinculadas, puesto que el presupuesto de hecho, -esto es haber presentado ofertas a dos lotes estando prohibido-, no puede tener por resultado el falseamiento de la competencia en tanto en cuanto las ofertas para cada lote se examinan de manera separada de forma que difícilmente los precios ofertados en un lote, pueden incidir en la valoración de las ofertas de otro. Tampoco implica que las empresas vinculadas tengan mayores oportunidades que las demás por el hecho de presentar dos ofertas a cada lote puesto que las posibilidades deben apreciarse en cada uno de los indicados lotes, donde concurren solas a todos los efectos.

En cuanto a la infracción de la prohibición de concurrir a los dos lotes a la vez, la misma se refiere a cada licitadora y teniendo en este caso cada una de ellas

personalidad jurídica propia, no cabe aplicar la indicada prohibición.

No puede ignorarse, por otro lado, que la Directiva 2014/24/UE faculta al poder adjudicador para excluir a los licitadores cuando tenga indicios suficientemente plausibles de que han llegado a acuerdos destinados a falsear la competencia, si bien su plazo de trasposición no había vencido aun en el momento de publicarse la convocatoria por lo que las decisiones del órgano de contratación no pueden fundamentarse en sus previsiones, ni tampoco puede hablarse como hemos indicado más arriba de una actitud falseadora de la competencia puesto que las dos empresas en realidad no son competidoras entre sí al haberse presentado cada una a un lote distinto.

Debe por tanto desestimarse la reclamación por este motivo.

2. Incumplimiento del requisito de los medios humanos a aportar por Convensa.

Aduce la reclamante que la oferta de Convensa incumple el citado requerimiento en varios aspectos:

- Incumplimiento de la obligación de adscripción de medios humanos propios.

De acuerdo con lo establecido en el punto 20.- “Adscripción de medios materiales y/o humanos” del Cuadro Resumen del PCT se deberán aportar una serie de Medios humanos generales, Medios humanos destinados a cortes de tracción y Medios humanos destinados a soldadura de carril.

La reclamante afirma que tanto los medios humanos generales como los destinados a soldadura de carril de Convensa son en realidad según la propia oferta medios de la empresa FCC, y que la interpretación del cuadro resumen debe conducir a considerar que solo se permite utilizar medios de terceros en cuanto a los Medios humanos destinados a cortes de tracción, ya que solo en relación con tales medios se prevé la posibilidad de subcontratación *“El licitador deberá aportar*

documentación acreditativa de disponer del personal necesario “Cualificado” o “Autorizado” (propio o subcontratado)”. De manera que la falta de previsión de esta última posibilidad significa su prohibición, sin que quepa aplicar el artículo 63 del TRLCSP, en cuanto a la adscripción de medios de terceros contra pliegos. Considerando además la prohibición de licitar a los dos lotes, afirma que “si bien pudiera admitirse a efectos dialécticos que dos empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial pudieran concurrir de forma separada en una licitación con expresa prohibición de licitar a los dos lotes, como sucede en el presente, no lo es menos que para que esto suceda es imprescindible que cada una de ellas presente una oferta independiente (y no consensuada en su totalidad) y que cuente con la solvencia y medios propios exigibles en cada Lote sin necesidad de apoyarse en los de la otra empresa que a su vez está licitando en el otro Lote, por cuanto lo anterior supondría un quebranto de las condiciones exigibles”.

Por su parte en su escrito de alegaciones Convensa afirma que en ningún apartado del pliego se exige que el personal deba tener una relación laboral con el licitador en el momento de presentar la oferta.

Cabe señalar, en primer lugar, que la interpretación de que los medios humanos tienen necesariamente que pertenecer a la empresa licitadora en los apartados de Medios humanos generales y Medios humanos destinados a soldadura de carril, por la circunstancia de que no mencionen, a diferencia de los Medios humanos destinados a cortes de tracción la posibilidad de subcontratación, en contra de la posibilidad general de contar con medios de terceros prevista en el artículo 63 del TRLCSP, y de la posibilidad de subcontratación prevista en el artículo 87 de la LCSE, no resulta de la simple lectura de los pliegos y es controvertida, de manera que pudiendo haber oscuridad en los pliegos en este punto, la misma no puede en modo alguno perjudicar a los licitadores, siempre que la aplicación de los pliegos no sea contraria a la ley, como entre otras hemos señalado en nuestra Resolución nº 163/2015 de 7 de octubre. Por lo tanto no puede interpretarse que los medios humanos generales y para soldadura de carril deban ser personal propio de la empresa en el momento de realizar la oferta.

Por otro lado, no cabe desconocer que la aportación de medios por terceros no puede convertir a la licitadora que obtiene dichos medios de un tercero en una simple intermediaria de la contratación, debiendo examinarse al caso concreto si la empresa adjudicataria del lote 2 incumple el requisito de adscripción de medios tal y como afirma la reclamante.

En concreto se afirma en la reclamación respecto de los medios humanos generales que dos de los trabajadores que Convensa ofrece aplicar a la ejecución del contrato, pertenecen a plantillas de otras empresas, así un “oficial Soldador” con dedicación total pertenece a la plantilla de FCC, y un oficial Agente de corte de tracción, pertenece a la plantilla de una empresa denominada Troya, como declara la propia adjudicataria y reconoce el órgano de contratación. A estos dos la reclamante suma al Encargado General que Convensa oferta como de plantilla propia, pero que según se aduce en realidad pertenece a FCC puesto que el certificado de Recurso preventivo que solo puede expedir la empresa empleadora, correspondiente a dicho trabajador aparece firmado por FCC.

De esta forma en total serían tres, de un total de diez, los trabajadores que aportaría la adjudicataria que no pertenecen a su plantilla, (un 30%) como medios humanos generales, sin que se haga objeción alguna en cuanto a la plantilla de medios humanos destinados a cortes de tracción.

El artículo 64.2 del TRLCSP permite a los órganos de contratación exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello, como un “plus” a dicha solvencia tal y como entre otras se establece en la Resolución 101/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC). Este precepto no tiene un homólogo en la LCSE, si bien su exigencia que no resulta controvertida es perfectamente posible, haciéndolo constar como así se ha hecho en los pliegos.

De acuerdo con el artículo 40.3 de la LCSE *“Cuando los criterios contemplados en los apartados 1 y 2 incluyan requisitos relativos a la capacidad económica, financiera, técnica y profesional del operador económico, éste podrá, si lo desea, y para un contrato determinado, basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente del carácter jurídico de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar ante la entidad contratante que dispone de manera efectiva de los medios necesarios”*. A ello cabe añadir que de acuerdo con el artículo 87 de la LCSE cabe subcontratar parte de las prestaciones del contrato indicando en los pliegos el porcentaje admisible de subcontratación si bien en el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por ciento del importe de adjudicación. *“A efectos de cómputo de este porcentaje máximo, no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal, entendiéndose por tales las que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.”*

A todo ello cabe añadir que como este Tribunal ha señalado en diversas ocasiones entre otras en la Resolución 183/2013, de 13 de noviembre la adscripción de medios es una obligación cuya acreditación, de acuerdo con el artículo 151.2 del TRLCSP, corresponde sólo al licitador que haya presentado la oferta más ventajosa, como señala, la Sentencia del TJUE, de 27 de octubre de 2005 (Asunto C- 234/03).

De acuerdo con lo anterior este Tribunal no encuentra obstáculo para que tres de los trabajadores que constituyen medios humanos generales que la adjudicataria se compromete a aportar a la ejecución del contrato no pertenezcan en el momento de realizar la oferta a su plantilla.

- Incumplimiento del requisito de adscripción de medios materiales y/o humanos con disponibilidad 100% para el contrato.

De acuerdo con lo establecido en el punto 20.- “Adscripción de medios materiales y/o humanos” del Cuadro Resumen del PCT, el personal correspondiente

al epígrafe 20.a) “Medios humanos” propuesto en la oferta del adjudicatario tendrá una disponibilidad del 100% para el contrato objeto de la presente licitación.

Según indica la reclamante CONVENSA en su oferta no se cumple con el requisito exigido al menos respecto del “Técnico de Seguridad presente durante la duración del contrato” referido en el apartado, por cuanto en la tabla de personal aportada con objeto de justificar la adscripción de medios requerida la propia adjudicataria indica que dicho puesto tendrá dedicación parcial.

Señala el órgano de contratación en su informe, sin negar que el Jefe de Seguridad y Salud propuesto por Covensa, lo sea con “dedicación parcial”, que no se debe confundir el concepto de dedicación (total o parcial) con el de disponibilidad (absoluta o no) a la ejecución de un contrato, añadiendo *“En el caso que nos ocupa, el trabajador propuesto por CONVENSA para desempeñar el cometido de “Técnico de Seguridad” puede entenderse como integrante del personal de “estructura” de la empresa, de forma que dicho trabajador puede estar asignado a varios contratos distintos, por parte de CONVENSA, sin perjuicio de que su disponibilidad sea del 100%, respecto a la ejecución del contrato objeto de licitación, en caso de que se requiera de sus servicios durante la ejecución del mismo”*.

Por su parte Convensa afirma que la dedicación “parcial” que se dice del técnico de seguridad es una errata, y que el técnico de seguridad se dedicará a la obra con el 100% de disponibilidad, *“por tanto se ha de entender corregida la dedicación parcial expresada. La cual está en consonancia con la declaración responsable de fecha 26 de enero en la que mi representada se comprometió a cumplir con los requisitos de adscripción de medios humanos y en su caso se hayan podido fija en el apartado 20 del Cuadro resumen del PCAP”*.

Este Tribunal ha señalado en diversas ocasiones que los compromisos genéricos de cumplimiento de las condiciones de los pliegos, no son suficientes para avalar la adecuación a los mismos de las ofertas en tanto en cuanto, los errores o incumplimientos estén vinculados a la oferta y su corrección implique una

modificación de la misma. Ello exige contemplar en este caso si la oferta del técnico de seguridad ha sido cuantificada en la oferta con carácter parcial o total o no ha sido objeto de cuantificación. Sobre la solicitud de aclaraciones en general, en aplicación de la jurisprudencia mencionada, este Tribunal se ha pronunciado en resoluciones como la 16/2014, de 22 de enero; la 180/2013, de 30 de octubre; la 102/2013, de 3 de julio o la 98/2012, de 12 de septiembre, donde se considera la posibilidad de solicitar aclaraciones y la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad antes de rechazar una oferta, así como el alcance que éstas pueden tener y la necesidad de que no impliquen modificación de los términos de la oferta. Y en concreto la Resolución 194/2013, de 4 de diciembre, que reconocen la posibilidad de aclaración o corrección del compromiso de adscripción de medios personales de acuerdo con el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y el 22.1.a) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolló parcialmente la LCSP.

En la aplicación de estos preceptos debe tenerse en cuenta además que es doctrina consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución del recurso la de considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004, con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación, de manera que atendiendo a tal objeto, el artículo 84 del RGCAP, más arriba transcrito, determina las causas por las que la Mesa podrá desechar las ofertas, centrándolas en aquellos supuestos en que existan defectos que impliquen, o bien el incumplimiento de los pliegos, o bien inconsistencias en la oferta que no permitan tener a la misma por cierta. (Vid Resolución 47/2013, de 22 de marzo de este Tribunal).

Ante la existencia de una oferta válida pero que necesita de aclaraciones no existe ninguna disposición que explícitamente indique qué debe hacerse por el órgano de contratación en TRLCSP, LCSE, en el RGLCAP, ni en la Directiva Comunitaria 2004/18/ CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación

de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Ante la falta de norma expresa al respecto es necesario recurrir a la doctrina y jurisprudencia en la materia.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, en el asunto C-599 SAG ELV Slovensko, admite que excepcionalmente los datos contenidos en la oferta puedan corregirse o completarse de forma puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que se produzcan meras aclaraciones por los candidatos, sin solicitar ni aceptar modificación alguna de la oferta. Continúa dicha Sentencia señalando que en el ejercicio de la facultad anteriormente expuesta debe tratarse a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de tal manera que al terminar el procedimiento pueda afirmarse que la petición de aclaraciones no benefició o perjudicó indebidamente a los candidatos que la recibieron.

Como decimos, el ejercicio de la solicitud de aclaraciones tiene como límite que la aclaración no pueda suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos. Comprueba este Tribunal que en el cuadro de Excel que acompaña a la oferta en el que se recogen los precios unitarios de cada una de las operaciones que constituyen las prestaciones del contrato aparecen algunos conceptos vinculados al personal, como la mano de obra para cada operación, que sin embargo no contempla al técnico de seguridad. Por lo tanto en principio la corrección de la mención a la dedicación “parcial” del técnico no supondría una alteración de la oferta que impidiera su consideración, a la luz del principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta además que con el objeto de asegurar el correcto cumplimiento del contrato dicha mención debe ser objeto de aclaración o corrección. Procede por tanto desestimar el recurso por este motivo.

- Incumplimiento del requisito de adscripción de medios humanos generales:
Ingeniero Técnico o Superior de la rama de construcción.

De nuevo de acuerdo con el punto 20 del cuadro resumen del PCT se requiere

“ a) *Medios humanos:*

a.1) *Medios humanos generales,*

Un Ingeniero Técnico o Superior de la rama de construcción. (...)”

Según afirma la reclamante el requisito anterior obedece a la exigencia, tanto en ésta como en otras obras de equivalente envergadura y dificultad, de contar con personal con la titulación específica necesaria para proceder a llevar la Jefatura de Obra, por lo que se solicita la rama de construcción con la que se encuentran relacionadas titulaciones tales como Ingeniería de Caminos, Canales y Puertos, Ingeniería Civil y Arquitectura, sin que quepa entender incluidos en el ámbito de la rama de construcción titulaciones tales como la Ingeniería Geológica o la Ingeniería Geomática y Topografía, siendo así que el Jefe de obra aportado por Convensa es Topógrafo, según consta en su oferta.

El órgano de contratación trae a colación en defensa de la legalidad de la contratación, la Orden CIN/353/2009, de 9 de febrero, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habilitan para el ejercicio de la profesión regulada de Ingeniero Técnico en Topografía, los Ingenieros Técnicos en Topografía y los Graduados en Ingeniería Geomática y Topografía, son los profesionales de la Geomática, ciencia transversal en la Ingeniería, que puede ejercer en el ámbito de la Construcción, Urbanismo, Ingeniería Civil, Edificación, Auscultación, Industria, Geoinformación, IDEs, GIS, Cartografía, Geomarketing, y Territorio y la Propiedad inmobiliaria y añade que *“Asimismo, por el contenido específico de los planes de estudios universitarios que tienen que superar para la obtención del correspondiente título, están perfectamente habilitados para la planificación, proyecto, dirección, ejecución y gestión de procesos y productos de aplicación a la obra civil y la edificación, en el ámbito geomático.”*

Convensa mantiene que el Jefe de obra propuesto es Ingeniero Técnico en Topografía y como tal puede ejercer en el ámbito de la construcción, urbanismo,

ingeniería civil, edificación, etc., por lo consiguiente sí es de la rama de construcción como se demuestra de su propio currículum.

Comprueba este Tribunal que entre las competencias que la orden dictada atribuye a los topógrafos se encuentra *“Planificación, proyecto, dirección, ejecución y gestión de procesos y productos de aplicación a la obra civil y la edificación, en el ámbito geomático.”*

Es cierto que el concepto de la rama de la construcción no es un concepto legal y que si bien en profesionales como Arquitectos o Ingenieros de caminos, su pertenencia a la rama de la construcción resulta clara, y que en el caso de otras ramas de las ingenierías su conexión con la construcción es más débil, lo cierto es que el PCT en este caso resulta oscuro al no haber especificado qué títulos de ingeniería superior o técnica considera propias de la rama de construcción, pudiéndose sostenerse al a vista del currículum de los ingenieros topógrafos que parte de su contenido es directamente aplicable a la obra civil y por tanto puede ser considerado “construcción”.

- Incumplimiento del requisito de adscripción de medios humanos generales: tener acreditada su participación en actuaciones similares a las del objeto del contrato.

El punto 20 del Cuadro resumen del PCP exige asimismo en relación con los medios humanos a aportar al contrato *“Tanto el personal responsable de los trabajos, como los técnicos, encargados y oficiales que vayan a participar en los mismos, deberá tener acreditada su participación en actuaciones similares a las del objeto del contrato. Esta acreditación deberá figurar, expresamente, en certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea una entidad privada, los servicios se acreditarán mediante un certificado expedido por ésta”.*

Afirma la reclamante que Convensa incumple dicha condición como se

desprende del contenido de los currículos del personal que compromete adscribir a la ejecución del contrato. Especifica que el Ingeniero técnico topógrafo aunque indica en su currículo que entre 04/2009 y 02/2011 trabajó de Jefe de Obra de LAV Madrid-Sevilla, en el certificado que aporta solo indica que trabajó de topógrafo no de jefe de obra, indicando asimismo que concurre idéntica circunstancia en las obras entre 12/2003 y 01/2005 indica que fue Jefe de Obra de la UTE mantenimiento de Desvíos AVE MADRID-BARCELONA TRAMO MADRID-LLEIDA. Considera asimismo que el topógrafo, el encargado general y uno de los capataces carecen de experiencia en Metro o la tienen escasa.

Respecto de esta última circunstancia señala el órgano de contratación que el PCP no exigía tal requisito, sino únicamente la participación en “actuaciones similares a las del objeto del contrato” que, obviamente, podrán haberse realizado ante otras entidades pertenecientes al sector, experiencia que sí aparece contrastada en la oferta de la adjudicataria por lo que cabe desestimar la alegación por este motivo.

Efectivamente no exige el PCT que la experiencia acreditativa de la capacidad del equipo humano, lo sea en obras o trabajos en Metro, sino que únicamente sean similares o de análogo contenido a los del objeto del contrato, lo que puede predicarse obviamente de las obras del Ave, tal y como ha apreciado el órgano de contratación.

Por lo que se refiere a la experiencia del Ingeniero Técnico Topógrafo como Jefe de obra, señala el órgano de contratación que dicha experiencia como Jefe de Obra ha quedado acreditada mediante las certificaciones emitidas por ADIF, que figuran en las páginas 229 a 232 del documento presentado por CONVENSA, denominado “Acreditación de los requisitos de capacidad de obrar, personalidad jurídica y solvencia”, en las que consta que ha desempeñado el puesto de Jefe de Obra en obras ejecutadas entre el 01/01/09 y el 31/12/10, de una parte, y el 01/01/12 y el 31/12/14, de otra.

Comprobadas estas circunstancias por el Tribunal procede desestimar este motivo de recurso.

En relación con la acreditación de la experiencia del equipo humano, la reclamante alega asimismo que examinados los certificados aportados por CONVENSA, pudo comprobar que los mismos no estaban emitidos a favor de trabajadores de CONVENSA sino de FCC, a lo que el órgano de contratación contesta en su informe que El Apartado 20 del Cuadro Resumen del PCP no establece que la experiencia de los trabajadores presentados por los licitadores haya de haberse adquirido en la empresa licitadora, por lo que, tratándose los certificados aportados por CONVENSA, a favor de los trabajadores presentados, de certificados válidos emitidos por las empresas para las que, en su momento, prestaron servicios similares a los que son objeto de la licitación, se adaptan a las exigencias del PCP.

Este Tribunal no puede sino estar de acuerdo con la interpretación del punto 20 del Cuadro Resumen del PCT que plantea el órgano de contratación, siendo evidente que el certificado se emite no en relación con empresas sino con trabajadores o profesionales, sobre su experiencia con independencia de la empresa en la que obtuvieran dicha experiencia, que perfectamente puede ser distinta de la ofertante, teniendo en cuenta las vicisitudes de las relaciones laborales.

Séptimo.- Por último alega la recurrente el incumplimiento de la obligación de justificar la valoración y detalles de la oferta anormalmente baja presentada por CONVENSA.

Señala al respecto que CONVENSA se encontraba en situación de baja temeraria resultando anormalmente baja en relación con el resto de ofertas presentadas, ofertando un porcentaje de baja del 32,08%, encontrándose la oferta límite de temeridad en el 31,55, ya que la justificación de la viabilidad de su oferta constituye una disquisición genérica sobre las bonificaciones ofertadas, sin especificar éstas, teniendo en cuenta la coyuntura económica actual, lo que en absoluto permite al órgano de contratación dilucidar si la oferta presentada es o no

viable. Añade que “la oferta presentada por CONVENSA ha aplicado una baja lineal de todas las unidades de obra, lo que evidencia que no se ha realizado una bonificación estudiada y concienzuda ni se ha realizado un “estudio del coste directo de la relación de unidades y con las mediciones incluidas en el Pliego de la licitación”, tal y como refieren en el escrito presentado, sino que la baja se ha aplicado a todas las unidades sin tener en cuenta el coste efectivo de cada una de ellas”, detallando a continuación algunas de las Unidades que, a simple vista y por la experiencia de esta parte en el desarrollo de los trabajos objeto del Contrato, resultan de imposible cumplimiento por parte de CONVENSA.

Por su parte el órgano de contratación señala que la actuación del órgano de contratación queda dentro de los límites de la discrecionalidad técnica que le es dada.

Señala Convensa en sus alegaciones que los cálculos efectuados por la recurrente no son correctos ni ajustados a la forma en que ha calculado el porcentaje global a aplicar a la oferta, dado que no es cierto que el importe de baja resulte de la aplicación de una reducción lineal, confundiendo con ello la mención hecha de baja homogénea, con una baja lineal. Además señala que los cálculos para la obtención de la baja se ha realizado mediante un estudio de los costes por naturalezas principales de todas las partidas más importantes del proyecto. En base a este estudio se obtiene una baja global del 32,08% que se ha extrapolado al resto y se ha aplicado en nuestra oferta a todos y cada uno de los precios unitarios del presupuesto de licitación lo que además viene apoyado por la implantación de la empresa.

Añade que el otro lote de este mismo concurso, la baja del Lote 1 (cuya adjudicataria es COMSA) ha sido del 37,73% cuando los dos Lotes 1 y 2 que componen la licitación son exactamente iguales en cuanto a mediciones y precios unitarios, aunque estén formados por distintas líneas de metro, de manera que si no hay riesgo de incumplimiento del contrato en el Lote 1, tampoco parece que, con 5 puntos menos, lo vaya a haber en el Lote 2.

La LCSE en su artículo 82, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los elementos que ha tenido en cuenta a la hora de formular su oferta de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de que la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato.

Por ello la justificación ha de ir referida fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato y en relación obviamente con las exigencias y requerimientos del mismo, de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.

Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.). Para apreciar si se ha cumplido con tal premisa es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión.

La apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que componen la oferta y de las características que concurren en la propia empresa licitadora, por tanto, a la vista de la justificación y de los informes técnicos emitidos, el órgano de contratación, a quien corresponde la decisión sobre la apreciación de la posibilidad de cumplimiento de la oferta ha contado con el asesoramiento preceptivo y este está debidamente motivado en base a la justificación aportada por la recurrente.

En este momento la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de

cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

Debemos pues centrarnos en el análisis de la justificación de la viabilidad de la oferta y su rechazo en los términos en que fue planteado en el procedimiento contradictorio previsto en el artículo 82 de la LCSE, que como más arriba hemos señalado, solo puede tener como parámetro la garantía de cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato, basándose en el contenido del escrito de justificación y la denegación del mismo.

Como ha señalado este Tribunal en su Resolución 9/2016, de 20 de enero, la justificación ha de ir referida fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato. Esto no supone que se justifique exhaustivamente cada uno de los componentes de la oferta anormal o desproporcionada, sino que se trata argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo, la justificación ha de ser completa, pero obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta, y la complejidad de las prestaciones.

La decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante. La apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que componen la oferta y de las características que concurren en la propia empresa licitadora.

En este caso debe reconocerse que la justificación de la adjudicataria es ciertamente escueta y no contiene cálculos o datos económicos de la oferta

efectuada, pero no lo es menos que debe tenerse en cuenta la escasa desviación de la oferta respecto del umbral de temeridad que asciende a medio punto, y que como afirma y se comprueba en el cuadro Excel de costes que acompaña su oferta la baja para todos los precios unitarios previstos es del 32,08%. Sin embargo no cabe desconocer la complejidad técnica de las prestaciones objeto del contrato.

De acuerdo con lo anterior este Tribunal considera que la apreciación de la viabilidad de la oferta se encuentra dentro de los parámetros de la discrecionalidad técnica que le es dada al órgano de contratación por lo que cabe desestimar el recurso por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación al 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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.- Inadmitir la prueba solicitada por doña Y.C.C., en nombre y representación de VIAS Y CONTRUCCIONES, S.A. por innecesaria, y desestimar la reclamación interpuesta, contra la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento del sistema de apoyo y guiado de la infraestructura de vía”, en su lote 2, nº 6011500293.

Segundo.- Levantar la suspensión automática mantenida por este Tribunal mediante Acuerdo de 30 de junio de 2016.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106 de la LCSE.

Cuarto.- 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 108 de la LCSE.