

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

En Madrid, a 26 de mayo de 2017.

**VISTA** la reclamación interpuesta por don F.C.F., en nombre y representación de Obrascón, Huarte, Laín, S.A. (OHL) y don O.E.G. y don D.G.T., en nombre y representación de Canalizaciones Tadop, S.L. (TADOP) contra el Acuerdo de la mesa de contratación de Canal de Isabel II Gestión, S.A. por el que no se toma en consideración la oferta de las recurrentes a la licitación del contrato de obras “Actuaciones urgentes de renovación y reparación en la red de abastecimiento y en la red de agua regenerada de Canal de Isabel II Gestión S.A.”, número de expediente: 148/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 12, 27 y 31 de agosto de 2016 se publicó respectivamente en el Diario Oficial de la Unión Europea, Boletín Oficial del Estado, y Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid la convocatoria de licitación por procedimiento abierto y criterio único precio, del contrato de referencia. El contrato se ha dividido en 12 lotes siendo su valor estimado de 176.900.000 euros.

Interesa destacar en relación con el objeto del contrato que el apartado 5.1.a) del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece como solvencia técnica a acreditar que “*Las empresas licitadoras deberán acreditar que reúnen como mínimo por sí mismas los siguientes requisitos de selección cualitativa:*

*2. Experiencia en la ejecución de obras análogas: los licitadores deberán haber realizado obras análogas a las del presente Contrato ejecutadas en los diez (10) últimos años anteriores a la fecha de publicación del PCAP en el perfil de contratante de Canal de Isabel II Gestión, S.A, (www.madrid.org), con las siguientes unidades mínimas:*

*Trabajos y obras referidas a actuaciones urgentes de renovación, reparación y conservación en la red de abastecimiento y en la red de agua regenerada, para una población de al menos 80.000 habitantes, debiendo alcanzar dicho número, de habitantes con un solo municipio, o bien en cinco municipios en los que la suma de sus habitantes supere 135.000 habitantes (según la última publicación del INE). Además, estos trabajos y obras alcanzarán un importe total igual o superior a cuatro millones y medio de euros (4.500.000 Euros), de los que al menos 1.500.000 euros deberán haberse ejecutado en actuaciones de renovación y al menos 1.500.000 euros, como mínimo, en actuaciones de reparación y otras intervenciones en la red.*

*En el caso de UTE, al menos una de las empresas que la componen deberá cumplir la totalidad de esta experiencia.*

*3. Experiencia en trabajos análogos: los licitadores deberán haber realizado trabajos análogos a los del presente Contrato ejecutados en los diez (10) últimos años anteriores a la fecha de publicación del PCAP en el perfil de contratante de Canal de Isabel II Gestión, S.A., (www.madrid.org), con las siguientes unidades mínimas:*

- (...)*
- 200 reparaciones de tuberías de diámetro de agua potable igual o superior a 80 mm. (...)*
  - Reparación de 500 acometidas de agua potable.*

*En el caso de UTE, al menos una de las empresas que la componen deberá cumplir la totalidad de esta experiencia”.*

Así mismo se admite clasificación en los grupos, E-1-4 y E-6-4.

**Segundo.-** A la licitación convocada se presentaron 22 licitadoras, entre ellas las recurrentes en compromiso de UTE (en adelante la UTE).

Canal de Isabel II Gestión, S.A., haciendo uso de la facultad conferida por la cláusula 11 del PCAP estimó conveniente, solicitar a los licitadores que aportasen la documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones establecidas para ser adjudicatario del contrato. Para lo que con fecha 2 de noviembre de 2016, concedió plazo para la entrega de dicha documentación hasta el día 17 de noviembre de 2016.

Una vez recibida la documentación anteriormente indicada, con fecha 22 de febrero de 2017, la Mesa requirió entre otras licitadoras a la UTE para que subsanara la documentación presentada. En concreto, y entre otros aspectos, se indica en la notificación del requerimiento en cuanto a la acreditación de experiencia en la ejecución de obras análogas: *“Deficiencia: el licitador no acredita el referido requisito. Los certificados presentados por la empresa OHL referidos a los trabajos realizados en la UTE PACSA - OHL sólo pueden ser tomados en consideración por el porcentaje de su participación en la UTE PACSA- OHL (20%).”*

El día 28 de febrero atendiendo el anteriormente mencionado requerimiento la UTE remitió determinada documentación para corregir las deficiencias padecidas junto con unas alegaciones a la Mesa en las que manifiestan su desacuerdo con la atribución tan solo del 20% de la experiencia en obras análogas por ser el porcentaje de participación de OHL en la UTE de referencia, en términos semejantes a los expuestos en el presente recurso.

Dicho escrito fue contestado el 16 de marzo no admitiendo la solicitud para

que se tenga en cuenta la experiencia de la filial Elsan Pacsa, S.A por parte de la UTE.

Por último con fecha 4 de abril 2017, en el acto público de apertura de las proposiciones económicas, se comunica el resultado de la revisión de la documentación de subsanación indicando las empresas cuyas ofertas no se tomaron en consideración. Se indica respecto de la UTE recurrente:

*“En particular, no acredító haber realizado en los 10 últimos años anteriores a la fecha de publicación del PCAP los siguientes trabajos:*

*- Actuaciones de reparación y otras intervenciones en la red por un importe de al menos 1.500.000 Euros de conformidad con los requisitos exigidos en el apartado 5.1 A) 2 del Anexo I al PCAP.*

*- 200 reparaciones de tuberías de diámetro de agua potable igual o superior a 80 mm de conformidad con los requisitos exigidos en el apartado 5.1 A) 3 del Anexo I al PCAP.*

*- Reparación de 500 acometidas de agua potable de conformidad con los requisitos exigidos en el apartado 5.1 A) 3 del Anexo I al PCAP”.*

Finalmente tras dar lectura de las ofertas económicas se propone la adjudicación del contrato en cada uno de los lotes.

**Tercero.-** El 24 de abril de 2017 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de reclamación, previa presentación de anuncio efectuado en la misma fecha. Ese mismo día se requirió al órgano de contratación para que remitiera copia del expediente y el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 105.2 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 (LCSE), que remitió ambos el día 3 de mayo de 2017.

En la reclamación se solicita que se anule el acuerdo impugnado y se retrotraigan las actuaciones al momento en que el órgano de contratación ha de resolver sobre la adjudicación del contrato con inclusión de la oferta de la UTE, por

las cuestiones que se expondrán al analizar el fondo del asunto, pero que podemos resumir en la consideración de que para acreditar la experiencia de los licitadores en compromiso de UTE debe considerarse la totalidad de la experiencia adquirida por la totalidad de los trabajos efectuados sin que quepa una adquisición de la experiencia “porcentual”.

Por su parte el informe del órgano de contratación aduce que los criterios de selección cualitativa regulados en el artículo 40 LCSE conforman un ámbito más amplio que el tradicional concepto de solvencia regulado en la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), flexibilizando de esta forma para los denominados sectores especiales la normativa de la Ley general de contratos del sector público en nuestro ordenamiento jurídico.

**Cuarto.-** Con fecha 18 de mayo se ha dado traslado de la reclamación al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 105.3 de la LCSE, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Con fecha 23 de mayo de 2017, ha presentado escrito de alegaciones PACSA, SERVICIOS URBANOS y DEL MEDIO NATURAL y con fecha 25 de ULLASTRES, S.A, y SYMISA solicitando en todos los casos la desestimación del recurso, por los motivos de los que se dará cuenta al examinar el fondo del asunto.

**Quinto.-** Con fecha 26 de abril de 2015 se acordó por el Pleno de este Tribunal mantener la suspensión del expediente de contratación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** El contrato está sujeto a la LCSE. En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, la cláusula primera del PCAP señala que: *“El presente contrato tiene carácter privado. El contrato está sujeto a 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 y en su defecto al derecho privado. Lo señalado anteriormente se entiende sin perjuicio de las remisiones expresas hechas en el presente Pliego al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. El régimen jurídico del contrato así como las reclamaciones que se presenten por infracción de las normas contenidas en la Ley 31/2007, se interpretarán de conformidad con las disposiciones de la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes ,y los servicios postales, por la que se deroga la Directiva 24/17/UE (en adelante directiva de servicios especiales) que tengan efecto directo”.*

La competencia del Tribunal para conocer de las reclamaciones viene establecida en los artículos 101 y siguientes de la LCSE, en los que se dispone lo siguiente:

*“Los órganos indicados en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, [actual artículo 40 del TRLCSP] serán los competentes en sus ámbitos respectivos y en relación con las entidades enumeradas en el apartado 1 del artículo 3 de esta Ley, así como a las que estén adscritas o vinculadas a ellas, o a las que hayan otorgado un derecho especial o exclusivo, para ejercer las siguientes competencias respecto de los contratos cuyos procedimientos de adjudicación se regulan:*

*a. Resolver las reclamaciones y cuestiones de nulidad que se planteen por infracción de las normas contenidas en esta Ley”.*

De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41.3 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 reclamación.

**Segundo.-** La reclamación ha sido interpuesta por personas legitimadas para ello, al tratarse de personas jurídicas que concurren en compromiso de UTE cuya oferta no

ha sido tomada en consideración en el procedimiento de licitación, “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación*”, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes de la reclamación.

**Tercero.-** En cuanto al plazo para la interposición de la reclamación, indica la UTE recurrente que se impugna un acto de trámite que determina la imposibilidad, para la recurrente, de continuar el procedimiento que lleva fecha de 4 de abril de 2017, y que si bien en el mismo no se concreta qué supuestos del apartado 5 del Anexo 1 del PCAP han sido incumplidos, sin embargo, existe un informe de 16/03/2017 que sí hace referencia a la cuestión y que aporta la recurrente. Por tanto debe considerarse que la misma se da por correctamente notificada respecto del acto que recurre, que tuvo lugar mediante la entrega de una comunicación facilitada a los asistentes al acto de apertura de ofertas donde se da cuenta de la exclusión de su oferta el mismo día 4 de abril. La reclamación se interpuso el día 24 del mismo mes dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 104.2 de la LCSE.

**Cuarto.-** El acto de exclusión, objeto de reclamación, corresponde a un contrato de obras sujeto a la LCSE al superar el umbral de 5.225.000 euros establecido en su artículo 16.b) de la misma.

De acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 104.1 de la LCSE, se ha anunciado previamente ante el órgano de contratación la interposición de la reclamación.

**Quinto.-** En la reclamación se esgrimen distintos fundamentos para justificar la anulación de la exclusión de la oferta de la recurrente.

1.- En primer lugar se afirma que los miembros de una UTE adquieren experiencia por la totalidad de los trabajos realizados. Dicho argumento es aplicable

al rechazo de la oferta por la falta de acreditación de la experiencia derivada del contrato referido en el certificado de buena ejecución de las obras relativas a las *“Actuaciones urgentes de renovación y reparación en la red de abastecimiento del Canal de Isabel II. Lote 9: Fuenlabrada”*, en el que las obras referidas en dicho certificado no fueron ejecutadas únicamente por OHL sino que fueron ejecutadas a través de una UTE que OHL constituyó con PACSA, de la que OHL ostentaba el 20% de participación.

Señala la UTE que no cabe admitir la adquisición de experiencia *“porcentual”*, en función de la participación interna en la UTE, entendiendo por tanto que debe considerarse la experiencia al 100% por todos los miembros de la UTE y no como sostiene CYII en la misma proporción en que se participa en la UTE. Considera que ello es así ya que la responsabilidad de los miembros de una UTE ante la Administración en un contrato es solidaria, de acuerdo con el artículo 59 del TRLCSP. También señala al respecto que la UTE carece de personalidad jurídica, de modo que la experiencia adquirida no puede atribuirse a la UTE, sino los miembros que la componen. De ahí que sea irrelevante la participación de cada uno de los miembros de la UTE, pues lo relevante es el principio de solidaridad.

El órgano de contratación afirma al respecto que el procedimiento de licitación se rige por la LCSE y en su defecto por el derecho privado. Los criterios de selección cualitativa regulados en el artículo 40 de la LCSE conforman un ámbito más amplio que el tradicional concepto de solvencia regulado en el TRLCSP, flexibilizando de esta forma para los denominados sectores especiales la normativa de la Ley general de contratos del sector público en nuestro ordenamiento jurídico. Cita al respecto el Informe 1/2016, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid que, según aduce, permite fijar criterios de selección cualitativa distintos de aquellos relativos a capacidad económica, financiera, técnica y profesional. Por tanto dado que el PCAP establece claramente la regla de que *“En el caso de UTE, al menos una de las empresas que la componen deberá cumplir la totalidad de esta experiencia”*, y que los pliegos son *lex contractus* no debe admitirse la experiencia acreditada por la OHL por insuficiente. Añade que

*“En caso contrario, se estaría tratando de forma igual algo que, en esencia, es desigual, pues se estaría dando el mismo valor de experiencia a un trabajo realizado conjuntamente por varias empresas que a la experiencia obtenida por una empresa que hubiera ejecutado por sí misma ese mismo trabajo, desvirtuándose como se ha expuesto el propio concepto de experiencia”.*

En su escrito de alegaciones ULLASTRES señala que si bien los integrantes de la UTE responden solidariamente frente a la Administración, no es menos cierto que los derechos y obligaciones derivados o consecuencia del contrato, pertenecen a cada uno de los integrantes de la UTE de forma proporcional a la respectiva participación que tenga en la UTE. Cita para fundamentar esta opinión la Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 1989, que establece que la indemnización a una UTE derivada de la no adjudicación de un concurso, debe repartirse en función del porcentaje de participación de sus miembros. En el mismo sentido alega SYMISA.

Tanto el artículo 40 de la LCSE como el 54 del TRLCSP exigen que cada uno de los miembros que componen una UTE tenga capacidad de obrar, no esté incursos en prohibición de contratar y acredite su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en su caso, la clasificación, admitiendo a efectos de la determinación de la solvencia la posibilidad de acumulación de las características acreditadas para cada uno de los integrantes que concurren bajo el compromiso de unión temporal. La unión temporal de empresas tiene por fin (en el ámbito de la contratación pública) licitar con mayores garantías de éxito a la adjudicación de contratos al unir las empresas que la componen su experiencia profesional y potencial económico en la prestación de un servicio para lo que únicamente han de designar un representante común a efectos de sus relaciones con la Administración, pero conservando cada una su individualidad como persona jurídica y su responsabilidad frente a la Administración. Por ello los requisitos de solvencia han de ser exigidos a cada una de las empresas que se integran en la unión temporal, sin perjuicio, en principio, de su posible acumulación, según cada caso.

Ahora bien, como ha señalado este Tribunal en múltiples ocasiones, debemos en todo caso partir del carácter vinculante de los pliegos que establece el propio PCAP del TRLCSP para los licitadores cuando señala que *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

En este caso el contenido de los pliegos no impugnados por la recurrente resulta claro cuando afirma que *“En el caso de UTE, al menos una de las empresas que la componen deberá cumplir la totalidad de esta experiencia”*. Los pliegos no han sido objeto de impugnación, ni se ha solicitado aclaración o realizado reparo alguno sobre este inciso que, por otra parte, no ofrece lugar a dudas sobre su alcance en su literalidad.

Por otro lado la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 4 de mayo de 2017, Asunto C-387/14, avala la posibilidad de establecer tales limitaciones en su considerando 49: *“En efecto, no puede excluirse que existan obras con particularidades que necesiten una determinada capacidad que no pueda obtenerse uniendo capacidades inferiores de varios operadores. En ese supuesto, el poder adjudicador está facultado para exigir que el nivel mínimo de la capacidad de que se trate sea alcanzado por un único operador económico o, en su caso, recurriendo a un número limitado de operadores económicos, en virtud del artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, cuando dicha exigencia esté relacionada y sea proporcionada al objeto del contrato de que se trate (sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 40 y jurisprudencia citada).(...)"* y en el 54 *“Por consiguiente, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial planteada que el artículo 44 de la Directiva 2004/18, en relación con el artículo 48, apartado 2, letra a), de esta Directiva y con el principio de igualdad de trato de los operadores económicos recogido en el artículo 2 de ésta, debe interpretarse en el sentido de que no permite a un operador económico basarse en las capacidades de otra entidad, a efectos del artículo 48,*

*apartado 3, de la mencionada Directiva, sumando los conocimientos y la experiencia de dos entidades que, individualmente, no disponen de las capacidades solicitadas para la ejecución de un determinado contrato, en caso de que el poder adjudicador considere que el contrato de que se trata es indivisible, en el sentido de que debe ser realizado por un único operador, y que dicha exclusión de la posibilidad de basarse en las experiencias de distintos operadores económicos esté relacionada y sea proporcionada al objeto del contrato en cuestión, que, por tanto, debe ser realizado por un único operador”.*

Además el régimen de la solidaridad invocado por la recurrente está previsto para los casos en que uno de los miembros integrantes de la UTE no atienda o pueda atender a sus obligaciones contractuales, como se desprende del artículo 59.2 del TRLCSP, que podemos aplicar analógicamente, pero esta solidaridad no alcanza a la acreditación de la solvencia derivada, en este caso, de la experiencia en la ejecución de obras anteriores de forma satisfactoria que implica el certificado de buena ejecución. Se trata además de dos momentos distintos en la licitación, como aduce la recurrente, la apreciación de la capacidad para la ejecución del contrato en fase de licitación y de la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo en fase de ejecución.

Además si, como señala la recurrente, la UTE carece de personalidad jurídica con más razón habrá que atribuir la experiencia a cada una de las personas jurídicas que a su vez la componen, al no poder ser acreedora de dicha experiencia una entidad carente de personalidad.

Procede por tanto desestimar el recurso por este motivo y considerar que el certificado de las obras “*Actuaciones urgentes de renovación y reparación en la red de abastecimiento del Canal de Isabel II. Lote 9: Fuenlabrada*”, por importe de 3.086.650,88 euros, solo puede ser considerado en el 20% de su importe coincidente con la participación de OHL en los trabajos considerados. De manera que el importe de solvencia acreditado con este certificado es de 617.330,176 euros.

2.- Adquisición de experiencia por parte de la matriz a partir de la ganada por sus filiales, en concreto se solicita que se tenga en cuenta la experiencia de su filial Elsan-Pacsa, S.A., posteriormente denominada Asfaltos y Construcciones Elsan, los certificados afectados por este motivo de recurso son:

Certificado de ejecución de las obras y actuaciones urgentes en la red de distribución, división de Casa de Campo. Canal de Isabel II.

Certificado de ejecución de las obras y actuaciones urgentes en la red de distribución, división de Moratalaz Canal de Isabel II.

Certificado de ejecución de actuaciones urgentes de renovación y reparación en la red de abastecimiento y reutilización de Canal de Isabel II Gestión, S.A.

La UTE alega que la empresa OHL tenía el 100% de ELSAN-PACSA hasta su escisión el 7 de agosto de 2007; el 100% del accionariado de PACSA hasta su venta el 30 de junio de 2010, y el 100% de ELSAN hasta la actualidad. Señala la recurrente que la concreta cuestión de la experiencia se resuelve analógicamente por vía del artículo 76 del TRLCSP, que es el precepto regulador del modo en que la matriz puede aprovechar la experiencia adquirida por la filial; ya que el artículo 76 del TRLCSP permite a los licitadores integrar su solvencia con la experiencia adquirida por una filial extranjera. Lo que avala la extensión de esta posibilidad también a las filiales españolas. Añade que no es aplicable, como pretende el órgano de contratación, el artículo 40 de la LCSE que no se refiere a la experiencia, sino a la disponibilidad de medios, para negar la posibilidad de adquirir la experiencia de aquellas filiales que lo fueron en el pasado pero no en la actualidad.

El órgano de contratación indica en su informe al respecto que, si bien efectivamente cabe aplicar analógicamente el artículo 76 del TRLCSP, debe tenerse en cuenta que aunque la empresa ELSAN-PACSA, S.A. fue filial de OHL en su momento, no cumplía tal condición en el momento en que finalizaba el plazo de presentación de ofertas. Es en este momento, y no en el momento de ejecución del contrato cuya experiencia se pretende aprovechar, cuando OHL debe acreditar la condición de filial de ELSAN-PACSA, S.A. Otra interpretación de la norma permitiría

beneficiarse de la experiencia de empresas con las que no se tiene esa relación matriz-filial. Añade que la UTE reclamante pretende acreditar los requisitos de selección cualitativa exigidos en el pliego mediante contratos de la sociedad ELSAN-PACSA, S.A cuando esta sociedad no dispone actualmente de la rama de actividad relativa a esos contratos, ya que como se indicó en la comunicación remitida a Canal de Isabel II en septiembre de 2007 “*el traspaso de la totalidad del patrimonio (activos, pasivos, relaciones contractuales, créditos, etc.) correspondiente a la rama escindida de ELSAN se traspasa a favor de PACSA que ha adquirido, por sucesión universal, todos los derechos y obligaciones de la rama escindida*”.

Por su parte PACSA en su escrito de alegaciones manifiesta que “*a partir del día 30 de junio de 2010, fecha del anterior contrato de cesión de participaciones y contratos, la única titular de su experiencia y de todos sus derechos, obligaciones y responsabilidades es PACSA.*”(...) “*En tanto en cuanto PACSA no es filial de OHL, esta última no puede acreditar ninguna experiencia en tales obras, ni las ejecutadas con anterioridad, ni las ejecutadas con posterioridad al momento en que cesa dicha participación matriz –filial.*”

ULLASTRES considera que no procede la aplicación analógica del artículo 76 del TRLCSP al no estar en vigor por falta de desarrollo reglamentario y porque la literalidad de su contenido no permite su aplicación a las empresas españolas. Si bien con carácter subsidiario aduce que aun de ser aplicable, a partir de la escisión (2007) o de la venta de lo escindido (2010), OHL ya no es matriz de PACSA de suerte que no podrá beneficiarse de la experiencia acumulada por esta, ni como filial ni como medio externo.

Son circunstancias fácticas no discutidas que en el mes de septiembre de 2007 la empresa ELSAN-PACSA S.A. comunicó a Canal de Isabel II, la escisión parcial de ELSAN-PACSA Unipersonal a favor de PACSA, que había tenido lugar el 7 de agosto de ese año. Por lo tanto, la rama de actividad de la sociedad ELSAN-PACSA, S.A. fue traspasada a PACSA, S.A. Dicha sociedad fue vendida el 30 de junio de 2010, si bien ELSAN continúa siendo filial del grupo OHL.

En primer lugar si bien no es estrictamente necesario el examen de la vigencia del artículo 76 del TRLCSP, para la resolución del recurso, y sin perjuicio de su aplicabilidad, conviene recordar ante las alegaciones efectuadas que, el desarrollo reglamentario a que alude la disposición transitoria cuarta del TRLCSP se produjo mediante Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, que entró en vigor el 5 de noviembre de 2015.

La posibilidad de acreditar tanto la solvencia como la adscripción de medios al contrato que constituye un plus de solvencia, como ha señalado este Tribunal de forma reiterada, tiene por objeto garantizar que las licitadoras tienen la capacidad para ejecutar tanto económica como técnicamente las prestaciones objeto del contrato, bien por sí mismas, bien mediante la aportación de los medios de sus filiales o empresas terceras. Pero esta posibilidad obviamente no se satisface mediante un mero formalismo consistente en una declaración al respecto sino que debe llevar aparejada la posibilidad real de utilizar los medios, técnicos, económicos o profesionales, que aun perteneciendo a otra entidad se aportan para la ejecución del contrato. Esta posibilidad real se traduce en el caso de filiales en la estructura de dependencia de la filial respecto de la principal, con lo que a la poste los medios exigidos de forma indirecta son de la empresa principal o mediante cualquier documento que acredite su efectiva disponibilidad en el caso de terceras empresas como contratos o compromisos de arrendamiento, puesta a disposición o semejantes.

En el caso de la acreditación de la experiencia que supone una circunstancia ya consolidada lo cierto es que la transmisión de los derechos obligaciones y demás elementos de la entidad PACSA implican también la cesión de aquéllos elementos que sirven para reconocer solvencia, en este caso la experiencia, esto es que con la transmisión de PACSA se ha transmitido también su experiencia a la empresa adquirente.

Carece de todo sentido a la luz de la finalidad del mecanismo expuesto considerar como medios propios de forma indirecta los de una filial que lo fue, pero que ya no lo es en la actualidad, lo que impide su utilización efectiva. Por tanto cabe desestimar el recurso por este motivo.

### 3.- Aportación extemporánea de certificados.

Señala el órgano de contratación respecto de los anteriores certificados que además los mismos fueron aportados en fase de subsanación una vez concluido el plazo concedido para ello. En concreto explica que en relación con los contratos formalizados con Canal de Isabel II Gestión, S.A. que los licitadores quisieran aportar para acreditar los requisitos requeridos no se exigía que se presentase el contrato de referencia pero sí que se presentase el certificado de buena ejecución en los términos indicados en la respuesta nº 30 del documento de dudas del presente procedimiento de licitación: *“En el caso de los trabajos realizados para Canal de Isabel II Gestión, S.A. no será necesario presentar los contratos, aunque sí se precisará el certificado de buena ejecución.”* Esta exigencia según aduce el órgano de contratación responde a la consideración de que un certificado de buena ejecución responde a un análisis previo de las condiciones concretas en las que se ha ejecutado la obra de referencia, lo que *“no obra ni figura ‘sin más’ en poder de la entidad contratante sino que, para ser emitido, precisa de la realización del correspondiente examen y análisis de las circunstancias concurrentes. No toda obra puede ser objeto de un certificado de buena ejecución porque habrá que estudiar las condiciones de ejecución de la misma.”*

En el mismo sentido ULLASTRES alega que la presentación de los certificados controvertidos fue extemporánea.

La recurrente aduce respecto de esta cuestión que no hay extemporaneidad en la aportación del certificado de buena ejecución porque no se requirió su aportación ya que lo que realizó Canal de Isabel II fue remitir un mail exigiendo la subsanación de determinadas deficiencias pero sin aludir ni indicar nada sobre la

necesidad de aportar certificados de buena ejecución del propio Canal de Isabel II. De esta forma considera aplicando el artículo 68 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, LPACAP, que para poder considerar la extemporaneidad debe haberse requerido a las licitadoras.

No puede acogerse esta argumentación ya que como es lógico, el requerimiento de subsanación ha de ser genérico dejando a los licitadores la decisión sobre el modo en que esta ha de llevarse a cabo aportando los documentos acreditativos de que disponga o consideren convenientes. La falta de mención expresa a certificados del Canal de Isabel II, en modo alguno puede ser entendida como falta de requerimiento en tanto en cuanto consta específicamente en la comunicación remitida a las recurrentes, *“mediante el presente escrito se procede a la solicitud de la documentación relativa a”*: (...) exponiendo a continuación las deficiencias consideradas por el órgano de contratación.

El 2 de marzo de 2017, una vez que había finalizado el plazo de subsanación, OHL pidió a Canal Gestión la emisión de dichos certificados. Sin embargo, atender dicha petición habría supuesto conceder a la UTE recurrente un plazo de subsanación mayor que al del resto de los licitadores, circunstancia incompatible con el principio de igualdad de trato y de no discriminación.

Sin perjuicio de que el contenido de los certificados no puede ser tenido en cuenta por lo indicado más arriba respecto de la filial PACSA, lo cierto es que el requisito de la aportación del certificado constaba en los pliegos que de nuevo hay que recordar que no fueron objeto de impugnación y en la respuesta a la consulta nº 30. No es menos cierto que *prima facie* puede considerarse que la emisión de un certificado por la propia entidad contratante, es una mera formalidad que aparentemente no respondería al principio antiformalista que debe regir la contratación pública, pero no lo es menos que para una licitación tan compleja con 12 lotes y veinte licitadoras el examen caso por caso de oficio de las posibles obras su cuantía, identidad con lo exigido en el pliego y estructura de las empresas

contratistas, resulta inefficiente sin que la solicitud del certificado en condiciones de igualdad para todos los licitadores se revele como una carga de imposible cumplimiento para ellos. De hecho la recurrente aportó algún certificado emitido por Canal de Isabel II en plazo sin problemas. Solo cuando los certificados aportados resultaron insuficientes se planteó la recurrente la solicitud de otros, si bien ya concluso el plazo para su presentación.

En este punto conviene recordar que el establecimiento de un plazo común de presentación de proposiciones y de subsanación de ofertas para todos los licitadores no es sino una manifestación de los principios de no discriminación y de igualdad de trato enunciados de forma explícita en el artículo 19 de la LCSE. El reconocimiento de un plazo extra a favor de alguno de los licitadores para adaptar su situación a las exigencias del PCAP debe considerarse como una ruptura de estos principios y, por consiguiente, contrario a la Ley. Procede por tanto desestimar el recurso en cuanto a este motivo.

4.- Por último manifiesta la recurrente que el apartado 5.1 A) no establece experiencia sólo en 10 años, sino también en 12 años, sin embargo como expone el órgano de contratación el plazo de 12 años se refiere no a los apartados 2 y 3 del artículo 5.1.a) del Anexo I del PCAP, que son los que se refieren a los requisitos controvertidos, sino a su apartado 4, referido a intervenciones en arterias de diámetro igual o superior a 1400 mm, y tuberías de distribución de 600 mm de diámetro.

Debe por tanto desestimarse el recurso por este motivo.

**Sexto.-** Por último deba analizarse el cumplimiento de los requisitos de solvencia exigidos en el PCAP con los certificados válidamente aportados.

Señala el órgano de contratación que “*se debe considerar cumplido con la documentación aportada inicialmente y en periodo de subsanación el requisito de realización de trabajos de renovación solicitados en el apartado 5.1 Al 2 del Anexo I*

al PCAP por importe de 1.500.000 €". No obstante, a pesar de haberse acreditado el cumplimiento del requisito referido, la UTE recurrente no ha acreditado los siguientes requisitos:

- Realización de, al menos, 1.500.000 euros, como mínimo, en actuaciones de reparación y otras intervenciones en la red.
- Realización de 200 reparaciones de tuberías de diámetro de agua potable igual o superior a 80 mm.
- Reparación de 500 acometidas de agua potable.

La recurrente no se manifiesta específicamente sobre estas exigencias, si bien las alegaciones generales sobre todos los certificados aportados afectan asimismo a los que pretenden acreditar estas últimas exigencias.

**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.-** Desestimar la reclamación interpuesta don F.C.F., en nombre y representación de Obrascón, Huarte, Laín, S.A. (OHL) y don O.E.G. y don D.G.T., en nombre y representación de Canalizaciones Tadop S.L. (TADOP) contra el Acuerdo de la mesa de contratación de Canal de Isabel II Gestión S.A. por el que no se toma en consideración la oferta de las recurrentes a la licitación del contrato de obras "Actuaciones urgentes de renovación y reparación en la red de abastecimiento y en la red de agua regenerada de Canal de Isabel II Gestión S.A.", número de expediente: 148/2016.

**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 106.5 de la LCSE.

**Tercero.-** Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 104.6 de la LCSE, mantenida por este Tribunal mediante Acuerdo del Pleno de 26 de abril de 2017.

**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 LCSE.