

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

En Madrid, a 28 de diciembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don A.P.G., en nombre y representación de Rayet Construcción, S.A. y don C.I.C. y don F.C.D., en nombre y representación de Vertebra Ingeniería y Construcción, S.A., contra el Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 18 de noviembre de 2016, por el que se acordó la adjudicación del lote 1 del “Acuerdo Marco para las intervenciones en ejecución subsidiaria, actuaciones de emergencia, adopción de medidas de seguridad y reparaciones de emergencia en edificios municipales en el término municipal de Madrid”, número de expediente 711/2015/19456, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas, 5, 7 y 25 de enero de 2016 se publicó en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, en el DOUE y en el BOE respectivamente la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, para la adjudicación del Acuerdo Marco de referencia, con un valor estimado de 83.851.828,10 euros, dividido en lotes, siendo el último día de presentación de ofertas el 15 de febrero de 2016.

Segundo.- Al procedimiento concurren 18 licitadoras, si bien para el lote 1 objeto del presente recurso solo se presentaron 5 licitadoras entre ellas la recurrente.

Consta en el expediente administrativo varios documentos de preguntas y aclaraciones de fechas 27 de enero, 2, 9 y 12 de febrero respectivamente.

Mediante Decreto del Delegado del Área de Desarrollo Urbano Sostenible de fecha 14 de junio de 2016 se adjudicó el lote 1 del Acuerdo Marco a Corsan-Corviam Construcción, S.A., con un total de 85 puntos.

Interpuestos dos recursos especiales en materia de contratación contra la indicada adjudicación, este Tribunal mediante Resoluciones 146/2016 y 147/2016, de 28 de julio, estimó parcialmente los recursos interpuestos respectivamente por FCC Construcción, S.A. y Rayet Construcción, S.A. & Vertebra Ingeniería y Construcción, anulando la adjudicación del contrato y declarando que procedía retrotraer el procedimiento concediendo nuevo plazo a las recurrentes para subsanar el defecto padecido y en su caso proceder a valorar el equipo humano y las mejoras ofertadas.

En ejecución de ambas Resoluciones con fecha 1 de septiembre de 2016 se reúne la Mesa de Contratación para proceder a estudiar el nuevo informe de los servicios técnicos de fecha 25 de agosto de 2016, y se propone como nuevo adjudicatario del Lote 1 a FCC Construcción, S.A., resultando clasificada en segundo lugar la oferta de las empresas en compromiso de UTE Rayet Construcción, S.A. & Vertebra Ingeniería y Construcción, requiriéndose a la primera el 13 de septiembre de 2016 para que aportara la documentación que se enumera, lo que verificó el día 21 del mismo mes, aportando los documentos solicitados en el indicado requerimiento.

Esto no obstante consta un nuevo requerimiento de subsanación del anterior, efectuado el mismo día 21 en relación con los medios personales exigidos en el PPT y lo ofertado como criterios de adjudicación por la propia empresa en relación al

equipo humano, satisfecho el 30 de Septiembre de 2016.

Por último, mediante Decreto del Delegado del Área de Desarrollo Urbano Sostenible de fecha 18 de noviembre de 2016 se adjudica el Lote 1 del referido Acuerdo Marco a la empresa: FCC Construcción, S.A.

Tercero.- El 12 de diciembre de 2016, las licitadoras en compromiso de UTE Rayet Construcción, y Vertebra Ingeniería y Construcción, S.A. (en adelante la UTE) presentaron recurso especial en materia de contratación, previo el anuncio a que se refiere el artículo 44.1 del TRLCSP, efectuado el 22 de noviembre de 2016, contra dicho Decreto.

Consta en el expediente asimismo un escrito fechado el 5 de septiembre de 2016 en el que se indica que uno de los ingenieros propuesto como medios personales por FCC, D. Ángel Pérez Vasco, presta sus servicios profesionales - desde principios de este ejercicio anual- en la mercantil Vertebra Ingeniería y Construcción, S.A. y además que *“han tenido noticia que D. Pablo Boyero González de la Huerta, supuestamente desde mayo pasado, es decir desde antes de la presentación del recurso especial contra la adjudicación formulado por FCC Construcción, S.A., se encuentra trabajando en el departamento técnico de la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, S.A. Por tanto FCC Construcción, S.A., no podría, adscribir a dicho técnico por el que reclaman otros seis (6) puntos como criterio de adjudicación, puesto que ni siquiera se encontraría trabajando en FCC Construcción, S.A., en el caso de que dicha información resultara cierta”*.

Cuarto.- Requerido el órgano de contratación para que remitiera el expediente administrativo y su informe preceptivo, los mismos tuvieron entrada en el registro de este Tribunal el 14 de diciembre de 2016. En su informe el órgano de contratación defiende la adecuación a derecho de la admisión de la oferta de la adjudicataria y de la valoración efectuada.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio 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, habiéndose formulado por FCC el 22 de diciembre, que en síntesis sostiene que su oferta cumple todos los requisitos exigidos por los pliegos, señalando que el Tribunal ordenó que a FCC Construcción, S.A., le fuera permitido que subsanara el defecto padecido en su oferta, aportando los originales de los títulos y currículos, el personal ofertado tenía que pertenecer a la plantilla de FCC en el momento de la presentación de la oferta, tal y como apuntó el órgano de contratación en respuesta a las preguntas planteadas y el personal ofertado se encontraba en la plantilla de FCC Construcción, S.A., en el momento de la oferta.

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.- La interposición del recurso, dirigido contra la adjudicación del Acuerdo Marco, se ha efectuado el 12 de diciembre de 2016, habiéndose remitido la notificación de adjudicación el 18 de noviembre, por tanto dentro del plazo concedido a tales efectos, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 44 TRLCSP, *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

Tercero.- El acto de adjudicación es susceptible de recurso especial al tratarse de un Acuerdo Marco de obras, sujeto a regulación armonizada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- Las recurrentes están legitimadas de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 del TRLCSP, *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*, al tratarse de licitadoras en compromiso de UTE, potenciales adjudicatarias del contrato de estimarse el recurso, al encontrarse clasificadas en segundo lugar tras la adjudicataria.

Quinto.- En cuanto al contenido del recurso se solicita en el mismo que se declare la nulidad o, subsidiariamente, se anule el acto recurrido, y en tal caso:

- sea declarada nula o, subsidiariamente, anulable la resolución de adjudicación;

- se ordene retrotraer las actuaciones del proceso de licitación, al momento en el que se debió entender como retirada la oferta de la entidad FCC Construcción, S.A.,

- se ordene realizar una nueva adjudicación del mismo a la siguiente oferta mejor clasificada como más ventajosa para la administración.

Aducen las recurrentes como motivo que fundamenta sus pretensiones que FCC no cumplimentó adecuadamente el requerimiento de aportación de documentación efectuado a la misma por el órgano de contratación con el objeto de adjudicar el contrato con fecha 1 de septiembre de 2016, por lo que debe entenderse que ha retirado su oferta en los términos expuestos en el PCAP.

Señalan en primer lugar que el mismo día en que FCC presenta la documentación requerida el órgano de contratación, -21 de septiembre,- le requiere de nuevo la aportación de la documentación acreditativa del cumplimiento de lo establecido en el Anexo I del PCAP de relación de medios personales del PPT y lo ofertado como criterios de adjudicación por la propia empresa en relación al equipo humano perteneciente a la empresa licitadora y destinado al cumplimiento del objeto del contrato, ya que según se indica se había detectado que en la notificación inicial no se hacía referencia a tales documentos, siendo así que a su juicio dicho

requerimiento no era necesario, en tanto en los pliegos constaba con claridad la documentación a presentar y en la notificación se indicaba además de la documentación que se especificaba, *“así como el resto de documentación requerida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”*.

Por otro lado afirma que al aportar la documentación correspondiente atiende a un segundo requerimiento de contratación ya que en el escrito de remisión de la documentación afirma que tras ser requerida el 13 de septiembre, lo fue de nuevo el día 21 del mismo mes.

En relación con esta cuestión debe señalarse que este Tribunal ha señalado en distintas ocasiones que la documentación que se aporta en el trámite del artículo 151.2 del TRLCSP es subsanable siempre que no implique modificación de la oferta y que dicha subsanación solo puede operar una vez, en el sentido de que no cabe subsanar lo ya subsanado, lo que no se extiende a documentos que no hubieran sido solicitados o requeridos inicialmente. Vid Resolución TACPCM 91/2014, de 21 de junio, considerando que *“La adscripción de medios es un complemento de cara a demostrar la efectiva disponibilidad de la solvencia requerida por el órgano de contratación al diseñar el objeto del contrato. A estos medios complementarios deben serles de aplicación los criterios generales que rigen el establecimiento de los medios para acreditar la solvencia. Nos encontramos, por tanto, con un requisito adicional de solvencia que habrá de ser considerado en la fase de admisión o selección de licitadores y no valorado para la adjudicación del contrato”*. Abunda en esta consideración la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, sobre interpretación de algunos preceptos del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, tras la modificación de la misma realizada por la ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, como consecuencia de la sustitución de la aportación de documentación por una declaración responsable: *“Si el licitador presentara la documentación a que se refiere el artículo 146.1 en el plazo señalado pero la misma se presentara incompleta o con defectos subsanables, esta Junta Consultiva considera que el órgano de contratación deberá darle a este licitador plazo para*

subsana que sea suficiente.

Si el licitador no subsana o si lo hace fuera de plazo, en esos casos se entenderá que ha retirado materialmente la oferta procediéndose a recabar la misma documentación, esto es la señalada en los artículos 151.2 y 146.1 ya citados, al licitador siguiente, por el orden que hayan quedado clasificadas las ofertas”.

En este caso tal y como se ha expuesto en el relato fáctico de la Resolución, consta un requerimiento de la documentación para ser adjudicatario, que se enumera, a FCC el 13 de septiembre de 2016, lo que verificó el día 21 del mismo mes aportando los documentos enumerados en el indicado requerimiento.

En una segunda ocasión el mismo día 21 se le requiere para que aporte determinada documentación en relación con los medios personales exigidos en el PPT y los ofertados como criterios de adjudicación por la propia empresa en relación al equipo humano, lo que aporta el 30 de septiembre de 2016. A la vista de la cual el 10 de octubre se le requiere nuevamente para que aporte acreditación de que el personal está actualmente en la plantilla de la empresa, ya que dicha documentación estaba actualizada a enero de 2016.

En este caso tal y como aduce el órgano de contratación en su informe, lo que se ha producido siguiendo la doctrina antes expuesta es la solicitud de aportación de documentación que no se incluyó en un primer requerimiento, siendo distinta de la aportada, esto es no se ha producido una subsanación sobre la subsanación que no es admitida doctrinalmente, a lo que cabe añadir que la nueva solicitud de parte de la documentación efectuada el 10 de octubre responde a la prolongación en el tiempo del procedimiento de licitación y más bien supone una actualización de dicha información, que más que una ventaja indiscriminada para la adjudicataria, como pretende la recurrente, se aprecia como una carga derivada de la prolongación de la licitación durante la que pueden haberse modificado las situaciones fácticas de base.

Procede por tanto desestimar el recurso por este motivo.

Otro de los motivos hechos valer por la recurrente para fundamentar su recurso es que FCC ha modificado su oferta, con la actuación anteriormente descrita, citando para ello numerosas resoluciones de los órganos encargados de la resolución del recurso especial.

Cabe en relación con el este punto recordar lo señalado en la Resolución 146/2016, de 28 de julio, de la que trae causa este recurso y que ha permitido que FCC fuera adjudicataria y que la recurrente resultara clasificada en segundo lugar.

“La primera conclusión que debe extraerse de lo expuesto es que cabe diferenciar el régimen de acreditación del equipo humano en función de su consideración como solvencia o como criterio de adjudicación. En este caso el PCAP exige el cumplimiento de un equipo mínimo de acuerdo con el Anexo relativo al personal, para acreditar la capacidad de la empresa para desempeñar las funciones objeto del contrato en los términos el artículo 76, que solo exige una declaración responsable, lo que se corresponde con la exigencia del PCAP y con las respuestas a las preguntas 2 y 3 efectuadas, de manera que para el equipo humano de aportación obligatoria basta con una declaración responsable, debiendo introducirse en el sobre C únicamente la documentación relativa al personal a puntuar. Por lo tanto las respuestas ofrecidas en cuanto al contenido de los sobres no alteran en modo alguno el contenido del PCAP limitándose únicamente a ratificar su contenido por lo que ninguna objeción puede hacerse al respecto.

Tampoco se aprecia modificación de los pliegos por la circunstancia de que sí que haya que acreditar la titulación del personal propuesto como puntuable mediante aportación de titulación original o copia compulsada, puesto que dicho personal al formar parte de la oferta vincula al licitador que no puede alternativamente ofrecer otro, - salvo que ofrezca el mismo perfil,- como ocurre en el caso de la solvencia. Así por ejemplo en la Resolución 109/2016, de 8 de junio, señalábamos que “debe admitirse igualmente que la identidad de los profesionales pueda variar respecto de los propuestos en un primer momento, siempre que la cualificación profesional de los mismos aparezca debidamente acreditada en la forma exigida en el Pliego y por supuesto siempre que el personal inicialmente ofertado no hubiera sido objeto de

valoración”. A ello cabe añadir que no son aptas para acreditar ninguno de los requisitos o aspectos del procedimiento de licitación copias simples de los documentos, de manera que tampoco puede considerarse que se modifiquen los pliegos por esta circunstancia, que en todo caso al ser susceptible de subsanación en buena lógica no debe haber impedido a la recurrente obtener la puntuación adecuada al elemento acreditado”.

Procede por tanto desestimar el recurso por este motivo.

Se aduce también que en la cumplimentación de los requerimientos efectuados FCC actuó con mala fe habiendo cometido una falsedad documental puesto que se le requiere para que aporte la documentación en relación al equipo humano que ha de ejecutar el contrato y la documentación presentada por FCC contiene trabajadores que ya no estaban desarrollando sus labores en dicha entidad. Ello no obstante no acredita en modo alguno esta circunstancia sin indicar siquiera la identidad de los mencionados trabajadores. Por tanto el recurso debe también desestimarse por este motivo.

No es exigible que el equipo humano propuesto forme parte en el momento de la presentación de ofertas de la plantilla de la empresa oferente lo que sería más propio de la solvencia, referida a elementos de la propia empresa, que de criterios de adjudicación referentes a la calidad de la oferta. Lo que sí es exigible es que el personal ofertado manifieste de algún modo su disponibilidad para incorporarse a la plantilla que va encargarse de la prestación objeto del contrato, lo que deberá ser comprobado por el órgano de contratación.

En este caso, respecto de la oferta de FCC, además consta en el expediente un escrito dirigido por esta última en relación con la presentación de documentación requerida con el objeto de adjudicar el contrato y específicamente al requerimiento de fecha 10 de octubre de 2016 de documentación que acredite que en la actualidad la empresa adjudicataria dispone de dicho personal. En el mismo se indica que *“Dado el plazo transcurrido de casi nueve meses desde la fecha de licitación,*

algunas de las personas presentadas ya no están encuadradas en FCC Construcción, bien por haber causado baja por diversos motivos o por haberse trasladado su contrato a otra empresa del grupo”.

En concreto las personas que se sustituyen son, entre otras don P.B.G., por don F.D.C., cuyo currículum se aporta, y cuya equivalencia con el inicialmente presentado permitiría el mantenimiento de la puntuación otorgada.

Cabe por lo tanto desestimar el recurso por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 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 el recurso interpuesto don A.P.G., en nombre y representación de Rayet Construcción, S.A. y don C.I.C. y don F.C.D., en nombre y representación de Vertebra Ingeniería y Construcción, S.A., contra el Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 18 de noviembre de 2016, por el que se acordó la adjudicación del lote 1 del “Acuerdo Marco para las intervenciones en ejecución subsidiaria, actuaciones de emergencia, adopción de medidas de seguridad y reparaciones de emergencia en edificios municipales en el término municipal de Madrid”, número de expediente 711/2015/19456

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.