

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

En Madrid, a 10 de octubre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por don P.C.F.A., en nombre y representación de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del “Contrato de obras de reforma integral Instituto Oncológico Príncipe de Asturias del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, número de expediente: A/OBR-005632/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 31 de agosto, 4 y 7 de septiembre de 2018, se publicó respectivamente en el DOUE, el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el BOCM la convocatoria de licitación del contrato de obras mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto, urgente, con pluralidad de criterios, todos ellos automáticos. El valor estimado asciende a 15.874.849,14 euros.

Segundo.- Interesa destacar en relación con los motivos del recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en el apartado 7 de la cláusula primera, establece lo siguiente:

“7.- Solvencia económica, financiera y técnica

Empresas españolas y extranjeras no comunitarias:

Clasificación del contratista:

<i>Grupo/s:</i>	<i>Subgrupo/s</i>	<i>Categoría/s:</i>	<i>Categoría/s R.O. 1098/2001:</i>
<i>A</i>	<i>1</i>	<i>1</i>	<i>F</i>
<i>C</i>	<i>Todos</i>	<i>6</i>	<i>F</i>
<i>I</i>	<i>1, 6, 7 ,8 y 9</i>	<i>4</i>	<i>F</i>
<i>J</i>	<i>1 a 5 inclusive</i>	<i>4</i>	<i>F</i>

(...).

CONCRECCIÓN DE LAS CONDICIONES DE SOLVENCIA Y COMPROMISO DE ADSCRIPCIÓN (art.76 LCSP).

Todos los licitadores deberán completar la acreditación de su clasificación o en su caso solvencia económico financiera y técnica anteriormente expuesta, de conformidad con lo expuesto en el artículo 76 de la LCSP, mediante un compromiso de adscripción de los medios personales y materiales suficientes para la ejecución del contrato y como mínimo, indicación de los nombres cualificación y experiencia profesional, del personal que se adscribe, en las condiciones requeridas en el Pliego Técnico:

El Jefe de Obra deberá presentar al menos 4 certificados donde se acredite que ha realizado trabajos en obras emplazadas en zonas críticas del Hospitales estando estos en uso, en los últimos 15 años.

El Encargado deberá presentar al menos 2 certificados de haber realizado trabajos de reformas en Hospitales en uso y 2 de haber realizado trabajos en grandes obras de reforma.

El resto del personal (Administrativo de obra y Técnico de control de calidad y medio ambiente) deberán presentar al menos 4 certificados donde se acredite que estas personas han realizado trabajos en grandes obras de reforma”.

El 21 de septiembre de 2018 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la CNC en el que manifiesta la improcedencia de exigir 20 subgrupos de clasificación y la excesiva exigencia de los requisitos establecidos en el compromiso de adscripción de medios personales, en cuanto se requiere una experiencia que considera totalmente desproporcionada y que supone una restricción injustificada de la competencia. Por ello solicita la anulación del apartado 7 de la cláusula primera del PCAP.

Tercero.- El 2 de octubre de 2018 el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP). Justifica la exigencia de la clasificación en los subgrupos expresados y de los requisitos de la adscripción de medios por las razones que se expondrán al examinar el fondo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica representante de los intereses colectivos de empresas del sector, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra el PCAP, de un contrato de obras de valor estimado superior a tres millones de euros por lo que el acto es recurrible de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los Pliegos fueron puestos a disposición de los interesados el 4 de septiembre mediante su publicación en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, por lo que el recurso interpuesto el día 21 de septiembre, se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Quinto.- La recurrente alega en primer lugar que el artículo 36.1.a) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), dice que en los contratos de obras el número de subgrupos exigibles, salvo casos excepcionales, no podrá ser superior a cuatro. Además, el apartado b) añade que *“El importe de la obra parcial que por su singularidad dé lugar a la exigencia de clasificación en el subgrupo correspondiente deberá ser superior al 20 por 100 del precio total del contrato, salvo casos excepcionales”*.

En consecuencia argumenta que en este caso, a la vista del Pliego *“sólo procede la exigencia del subgrupo, en este caso el C, correspondiente a “Edificaciones” y la de aquel subgrupo de instalaciones que supere el 20% del presupuesto. Tal y como resulta del presupuesto, el resto de los subgrupos exigidos son totalmente improcedentes ya que estas partidas; ni suponen ninguna singularidad respecto a la obra que queda subsumida en el subgrupo genérico correspondiente a “Edificaciones”, ni superan el 20%”*.

El órgano de contratación en su informe alega que *“la aplicación de la excepcionalidad por el órgano de contratación, prevista en la Ley, viene avalada por el Proyecto de Ejecución de Obra contratado por el Hospital General Universitario*

Gregorio Marañón (...). En este proyecto, adjudicado a la empresa de arquitectura AIDHOS ARQUITEC SAP considera necesario la inclusión de las clasificaciones que aparecen en el expediente (...). Separarse de esta recomendación puede incurrir en una temeridad que puede derivar en unos riesgos por su incumplimiento con graves consecuencias, tanto para pacientes como para trabajadores y usuarios.

El objeto de esta obra consiste en llevar a cabo una gran reforma en un edificio de uso hospitalario donde están alojados pacientes oncológicos de extrema gravedad, donde van pacientes con tratamientos paliativos, donde se encuentra ubicada la unidad de Radioterapia, de Quimioterapia, de Trasplante de Médula ósea, etc., todos ellos servicios muy críticos y vitales que impide que se cuestione el criterio del proyectista. Apartarse de este criterio avalado por un proyecto de obra podría suponer un incremento de riesgos, y una responsabilidad clara en cuanto a las posibles consecuencias”.

Por su parte el informe de la empresa redactora del proyecto señala: *“El proyecto es de una extremada complejidad técnica, lo que hace imprescindible la participación en la realización de las obras de empresas altamente cualificadas. Las características especiales y excepcionales de la obra mencionada hace necesario extremar las cuestiones relacionadas con la seguridad de la obra y de los ocupantes del edificio.*

La reforma se sitúa en un edificio con pacientes con patologías graves, lo que implica una necesidad permanente de cumplimiento de las medidas excepcionales para garantizar la seguridad y protección de los usuarios y, será necesario un amplio conocimiento del mundo hospitalario y de experiencia en la realización de obras semejantes para cualquiera de los agentes implicados en la ejecución.

La necesidad de realización por fases de la obra, superponiéndose al funcionamiento del hospital, hace imprescindible la participación de empresas con experiencia en todos y cada uno de los grupos y sub-grupos mencionados en el proyecto.

Como continuación del punto anterior, es necesario hacer constar que no solamente debe disponer de las mencionadas clasificaciones, sino que los medios personales y

técnicos que aporten las empresas contratistas deben disponer de una cualificación técnica adecuada a la complejidad de la obra.

En resumen, y siendo autores del proyecto y directores de la obra no recomendamos que se rebajen los niveles de exigencia establecido en los pliegos de contratación, ya que eso nos llevaría directamente a un aumento de los riesgos en la ejecución de la obra, lo cual no es asumible en una reforma tan sensible como la que nos ocupa”.

El artículo 77 de la LCSP establece que la clasificación de los empresarios por los poderes adjudicadores permite acreditar la solvencia en los contratos de obras y servicios. La clasificación es la determinación que hace la Administración, mediante órganos especializados, de la solvencia económica y técnica de las empresas que deseen participar en las licitaciones de los contratos de obras y servicios. Igualmente el artículo 79.5 de la LCSP determina los criterios aplicables y condiciones para clasificación.

La regulación de la clasificación de empresas de obras se concreta en los artículos 26 a 36 del RGLCAP. Los grupos y subgrupos en la clasificación exigible en contratos de obras vienen incluidos en el artículo 25 del RGLCAP. A estos efectos, los contratos se dividirán en grupos generales y subgrupos, por la naturaleza de las actividades, y dentro de estos por categorías, en función de su cuantía.

Como ha señalado el Tribunal en diversas ocasiones, la determinación del grupo y subgrupo de la clasificación de obras exigible en un contrato determinado debe hacerse a partir del objeto del contrato y de las prestaciones a que se obliga el contratista. En algunos supuestos el objeto contractual no puede ser englobado en un único subgrupo y en estos casos debe tenerse en cuenta que la exigencia de clasificación debe modularse para evitar requerimientos exagerados que limiten la concurrencia. Siendo cierto que la clasificación que se exija en el pliego ha de ser ajustada al objeto del contrato, no lo es menos que, en aquellos casos en los que pueda advertirse un margen de apreciación a la hora de encajar las concretas prestaciones definidas en los pliegos rectores de la contratación en uno o varios

grupos o subgrupos de clasificación deberá reconocerse un ámbito de discrecionalidad en la decisión del órgano de contratación de exigir una concreta clasificación, siempre que efectivamente la misma se acomode al objeto contractual y que dicha decisión no pueda estimarse como irrazonable o arbitraria.

El artículo 36 del RGLCAP dispone: *“1. En aquellas obras cuya naturaleza se corresponda con algunos de los tipos establecidos como subgrupo y no presenten singularidades diferentes a las normales y generales a su clase, se exigirá solamente la clasificación en el subgrupo genérico correspondiente.*

2. Cuando en el caso anterior, las obras presenten singularidades no normales o generales a las de su clase y sí, en cambio, asimilables a tipos de obras correspondientes a otros subgrupos diferentes del principal, la exigencia de clasificación se extenderá también a estos subgrupos con las limitaciones siguientes:

a) El número de subgrupos exigibles, salvo casos excepcionales, no podrá ser superior a cuatro.

b) El importe de la obra parcial que por su singularidad dé lugar a la exigencia de clasificación en el subgrupo correspondiente deberá ser superior al 20 por 100 del precio total del contrato, salvo casos excepcionales”.

Siguiendo el criterio expuesto por el TACRC en su Resolución 92/2011, de 30 de marzo, *“para poder exigir la clasificación en otros subgrupos es preciso que se cumplan conjuntamente los dos siguientes requisitos: que no se exija clasificación en más de cuatro subgrupos y que el importe de la obra parcial que por su singularidad dé lugar a la exigencia de clasificación en el subgrupo correspondiente sea superior al 20 por 100 del precio total del contrato. Para poder incumplir alguno de estos requisitos, el Reglamento exige que concurren circunstancias excepcionales (“salvo casos excepcionales” dice el texto del artículo 36.2 del Reglamento citado). Pues bien, tales circunstancias deben estar suficientemente justificadas en el pliego, cosa que en el caso que se examina no ocurre, a pesar de que se incumple el requisito de que el importe de la obra parcial motivadora de la exigencia de clasificación en determinado subgrupo supere el 20 por 100 del importe total de la obra, cuestión que aunque no se desprende de la documentación remitida por el órgano”.*

En el presente caso el órgano de contratación invoca la existencia de excepcionalidad dada la complejidad de los trabajos y por tratarse de un centro asistencial que está en funcionamiento.

El Tribunal no puede compartir esa afirmación puesto que la complejidad que se invoca y a la que se refiere el informe técnico, es de naturaleza organizativa y el hecho de exigir clasificación en diferentes subgrupos de actividades, cuyo importe por otro lado, es mínimo, respecto del presupuesto total de ejecución, no supone mayores garantías ni en la organización de la obra, ni en la seguridad de los trabajos, ni en la protección de los pacientes, cuestiones de gran importancia que deben garantizarse por otros medios distintos a la exigencia de la clasificación.

A mayor abundamiento debe tenerse en cuenta que el apartado 21 de la cláusula primera del PCAP, permite la subcontratación hasta un máximo del 60% del precio de adjudicación, por lo que resulta sin duda desproporcionado exigir una clasificación exhaustiva en todos los subgrupos posibles si luego la empresa adjudicataria puede subcontratar gran parte de esas actividades a empresas distintas.

No debe olvidarse por otro lado, que la exigencia de clasificación en 20 subgrupos supone sin duda alguna una restricción importante del principio de libre concurrencia en contravención de lo establecido en el artículo 132 de la LCSP.

En consecuencia, teniendo en cuenta las circunstancias expuestas procede estimar el motivo de recurso, anulando el apartado 7 de la cláusula primera en cuanto a la clasificación exigida, debiendo establecerse la misma de acuerdo con lo dispuesto con carácter general, en el artículo 36 del Reglamento, anteriormente citado.

Sexto.- El segundo motivo de recurso se refiere a la experiencia exigida en el compromiso de adscripción de medios.

Alega la recurrente, en relación con la experiencia exigida, que *“Este requisito de adscripción de medios personales excluye al licitador que no lo cumpla, es extremadamente exigente, pues no es fácil encontrar un Jefe de Obra que haya hecho 4 obras de hospitales en los últimos 15 años y los últimos 10 de crisis económica y caída constante de la licitación, y que específicamente haya trabajado en lo que el Pliego denomina “zonas críticas”, esto se trata de un concepto jurídico indeterminado que dejaría sin acceso a la licitación incluso a aquella empresa que consiguiera encontrar un Jefe de Obra con experiencia en hospitales ya que el pliego no aclara a que zonas geográficas responde tal adjetivo y estando en uso el hospital. Así mismo, resulta excesiva la exigencia de solicitar 4 certificados de obras distintas al encargado (dos de hospitales y dos de grandes obras de reforma) y al resto de personal administrativo de la obra (experiencia certificada en 4 grandes obras de reforma)”*.

El órgano de contratación en su informe expone las siguientes consideraciones:

- a) *“No es excesivo exigir en el supuesto máximo (jefe de obra) que a lo largo de toda su vida profesional acredite cuatro certificados correspondientes a sendas obras, dos para el encargado y experiencia en grandes reformas para el resto de personal. Entendemos que la seguridad de los pacientes y usuarios no puede estar comprometido por la falta de experiencia del equipo de obra. No se trata de reformas en ámbitos menos críticos como obras en oficinas, centro comercial, hoteles (...).*

- b) *El término “zona crítica” no es un concepto jurídico indeterminado. En todos los reglamentos técnicos y arquitectónicos en el ámbito hospitalario es usado frecuentemente para calificar las zonas más sensibles y está recogido en multitud de normativas técnico-sanitarias, prevención de riesgos laborales, etc.*

- c) *El recurrente en ningún momento de su exposición fundamenta objetiva y técnicamente el exceso en la exigencia de la cualificación de los medios personales, en contraste con nuestra fundamentación.*
- d) *Tal exigencia se avala por la Dirección facultativa en informe firmado por el Arquitecto de la empresa redactora del proyecto de ejecución AIDHOS”.*

Como señala la recurrente, el artículo 76.3 de la LCSP determina que *“la adscripción de los medios personales o materiales como requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista deberá ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación”.*

El Tribunal en su Resolución 187/2015, de 18 de noviembre, señaló que *“La condición de que el criterio de solvencia sea proporcional al objeto del contrato es un concepto jurídico indeterminado, por lo que para conocer la admisibilidad, del criterio concreto, es preciso examinar en cada caso si los parámetros establecidos en el pliego son objetivamente admisibles por guardar la debida proporcionalidad con el objeto del contrato, sin que en abstracto pueda establecerse un porcentaje o cuantía que pueda concretar tal proporcionalidad. La proporcionalidad viene dada por la relación entre lo que se exige como requisito de solvencia y la complejidad técnica del contrato y su dimensión económica, u otras circunstancias semejantes, dado que una exigencia desproporcionada afectaría a la concurrencia empresarial en condiciones de igualdad.*

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas si bien se refiere a las medidas de exclusión de licitadores por causas basadas en consideraciones objetivas y relacionadas con la aptitud profesional enumeradas en el artículo 24 de la Directiva 93/37, en sus Sentencias de 16 de diciembre de 2008 (TJCE/2008/312) Michaniki AE contra Ethniko Symvoulío Radiotileorasis y la Sentencia Caso Assitur contra Camera di Comercio; Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano de 19 de mayo de 2009 (TJCE/2009/146) se refiere al principio de proporcionalidad en la

adopción de medidas de exclusión, señalando que en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, constituye un principio general del Derecho comunitario el principio de proporcionalidad y que las medidas que se adopten para garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia, no deben exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo”.

Por lo tanto, si bien es cierto que corresponde al órgano de contratación la facultad de fijar los requisitos de los medios personales que deben adscribirse a la ejecución del contrato, esa exigencia debe estar debidamente justificada y equilibrada respecto a las prestaciones del mismo y si se va a exigir la experiencia en un periodo de tiempo determinado, ha de tener en cuenta también las circunstancias del sector para que la exigencia no resulte en definitiva un impedimento a la libre concurrencia y a la participación en la licitación.

En el supuesto examinado se exige para el Jefe de obra acreditar haber realizado 4 trabajos en zonas críticas de hospitales en uso en los últimos 15 años que no tiene por qué ser toda su vida profesional y para el encargado otros 4 certificados, 2 de reformas de hospitales en uso y 2 en grandes obras de reforma.

Entiende el Tribunal que a la vista del objeto del contrato, incluso admitiendo la complejidad de unas obras de reforma con el centro abierto, la experiencia exigida resulta desproporcionada, tanto por el número de certificados exigidos, 4, como por el tipo de experiencia, zonas críticas en un caso, grandes obras de reforma en el otro sin que las circunstancias expuestas por el informe de la empresa redactora del proyecto justifiquen esa específica experiencia y el número de certificados.

Tampoco debe obviarse la circunstancia que señala la recurrente, en los últimos diez años han sido muy escasas las obras de grandes reformas hospitalarias y las de reforma de hospitales en uso, por lo que puede existir una gran dificultad para acreditar esa experiencia, incluso en profesionales con un nivel de competencia indudable.

Respecto de la experiencia requerida al resto de personal, administrativo y al técnico de control de calidad aun con mayor motivo resulta desproporcionada. Se exigen de nuevo 4 certificados de haber realizado trabajos en grandes obras.

Las razones de complejidad técnica y de seguridad de los pacientes, esgrimidas en los informes, resultan menos aplicables si cabe, al referirse el requisito a personal administrativo y de control de calidad, cuya intervención en el desarrollo de los trabajos es auxiliar.

En todo caso no podemos olvidar que las empresas licitadoras deben estar clasificadas con lo que la experiencia de la empresa ya se ha acreditado, exigir además experiencia certificada al personal administrativo o a determinados técnicos no parece en este caso razonable ni resulta justificado.

Por todo ello, el motivo de recurso debe también estimarse.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial, interpuesto por don P.C.F.A., en nombre y representación de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del “Contrato de obras de reforma integral Instituto Oncológico Príncipe de Asturias del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, número de expediente: A/OBR-005632/2018, anulando el apartado 17 de la cláusula primera del Pliego de cláusulas administrativas particulares y el procedimiento de licitación que deberá reiniciarse

elaborando un nuevo Pliego en el que se establezca la clasificación requerida y la adscripción de los medios personales, de acuerdo con las consideraciones expuestas en los fundamentos de derecho de la presente resolución.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.