

Reclamación nº 102/2020

Resolución nº 168/2021

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

En Madrid, a 21 de abril de 2021

VISTA la reclamación en materia de contratación interpuesta por representaciones de las empresas: Serynco Ingenieros, S.A. (SI) y Asistencia Técnica y Jurídica Consultores S.L. (ATJ), futura UTE Serynco Ingenieros, S.A.- ATJ Consultores, S.L., contra el acuerdo de exclusión de la UTE de la licitación en el contrato de "Servicios de dirección de obras y coordinación de seguridad y salud de las obras, a ejecutar en cada uno de los 10 lotes incluidos en el contrato 102/2018, "Renovación de tuberías de la red de abastecimiento de Canal de Isabel II, S.A.", dividido en diez lotes, número de expediente: 121/2018, tomado por la mesa de contratación el 17 de febrero de 2021, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria del procedimiento de licitación se publicó el 24 y 25 de febrero de 2020, respectivamente, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, así como en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y en el BOE el 6 y 18 de marzo de 2020, respectivamente, mediante

procedimiento abierto con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 20.926.415,37 euros para una duración de 54 meses.

Segundo.- A la licitación del contrato se presentaron 21 licitadoras, entre ellas la reclamante concurriendo a los 10 lotes.

Con fecha 17 de febrero de 2021, la mesa de contratación califica la documentación presentada por los licitadores, resultando excluidas 5 empresas por no acreditar los requisitos exigidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) entre ellas la reclamante, según el informe técnico emitido el 12 de febrero por el Jefe de Área de Construcción de Redes de Abastecimiento. Las exclusiones fueron notificadas y publicadas en el perfil de contratante el 17 de febrero de 2021.

El 18 de febrero de 2021 la mesa de contratación en acto público procede a la apertura de las proposiciones admitidas a la licitación.

Tercero.- El día 10 de marzo de 2021, tuvo entrada en este Tribunal reclamación formulada por las representaciones de las empresas integrantes de la UTE SI-ATJ contra la exclusión de su oferta del contrato de servicios de referencia, solicitando la revocación de su exclusión, por no estar incursa en baja anormal o desproporcionada, con admisión de su oferta al procedimiento de licitación. Asimismo, solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación.

Cuarto.- La entidad contratante ha remitido a este Tribunal, con fecha 29 de marzo de 2021, el 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 2014/254 3/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), solicitando la desestimación de la reclamación presentada y oponiéndose a

la suspensión del procedimiento por considerar ajustada a Derecho la exclusión de las ofertas de la reclamante.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), aplicable al recurso especial en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo de 25 de marzo de 2021 de este Tribunal hasta que se resuelva la reclamación y se acuerde expresamente su levantamiento, por considerar procedente su adopción ante lo avanzado de la tramitación del procedimiento de adjudicación y la posibilidad de que la resolución que se adopte pueda suponer la retroacción de actuaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, tiene carácter privado y 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 (en adelante, LCSE), en virtud de lo establecido en el apartado 1 de la disposición transitoria primera del Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante, RDLCSE), sin perjuicio de que a la tramitación de la Reclamación le sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 119 y siguientes del mencionado Real Decreto, por haberse dictado el acto objeto de

reclamación con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 de la citada disposición transitoria.

El artículo 121.1 del RDLCSE establece, en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, que le serán de aplicación a las reclamaciones que se interpongan ante los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119, las disposiciones de la LCSP que regulan el recurso especial en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con determinadas especialidades.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del RDLCSE, en relación con 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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la Reclamación planteada.

Segundo.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, a la que se remite el artículo 121 del RDLCSE.

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

Tercero.- La actuación impugnada se refiere a un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) de la LCSP, y contra un acto de trámite adoptado en el procedimiento de adjudicación, consistente en su exclusión de la licitación, recurrible en virtud de lo previsto en el artículo 44.2.b) del citado texto legal, y de conformidad con el artículo

119 del RDLCSE por tratarse de un contrato de servicios sujeto a la legislación de sectores especiales por superar los 428.000 euros.

Cuarto.- La reclamación se ha interpuesto en tiempo y forma al haberse presentado ante el Tribunal el 10 de marzo de 2021, contra la exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato acordada el 17 de febrero de 2021 por la mesa de contratación, notificada y publicada en el perfil de contratante en la misma fecha, y por ello dentro del plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Quinto.- El fondo de la reclamación planteada se concreta en determinar si la UTE dispone de la solvencia exigida en el PCAP como requisito previo para la contratación del servicio.

La reclamante manifiesta que la exclusión acordada por la mesa de contratación vulnera los principios básicos de la contratación pública, de igualdad y transparencia, en la medida en que la decisión se apoya en motivos formales basados en la mera “literalidad” de las cláusulas del Pliego pasando por alto que la finalidad de acreditar una determinada experiencia. Se excluye la proposición por no acreditar una experiencia que sí ha sido acreditada, ignorando las explicaciones aportadas y la documentación que acredita dicha experiencia.

El acta de la mesa de contratación de 17 de febrero de 2021, motiva la exclusión en que la UTE sólo ha aportado un único certificado de buena ejecución emitido por el titular y/o promotor de las obras correspondientes a Servicios de Dirección de Obra y/o Asistencia Técnica a la Dirección de Obras y de Servicios de Coordinación de Seguridad, en obras de instalación de redes hidráulicas de abastecimiento, por lo que no cumple con lo requerido en los apartados 5.1 B)2 y 5.2 B) 2 para los lotes 1 a 10. Respecto a ello la reclamante alega que en trámite de subsanación se aportó documentación suficientemente acreditativa del cumplimiento de los citados requisitos explicando que “*los certificados de buena ejecución*

aportados y demás documentación (que no habían sido dado por buenos) habían sido emitidos por la figura habilitada para tal fin por el titular y/o promotor de las obras correspondientes (conforme exige el Pliego en su literalidad), argumentando y demostrando con las copias de los contratos y sus clausulados que la facultad certificadora no correspondía al promotor de las obras, sino a la empresa que prestó los Servicios de Dirección de Obra y/o Asistencia Técnica a la Dirección de Obras en obras de instalación de redes hidráulicas de abastecimiento y Servicios de Coordinación de Seguridad y Salud en obras de instalación de redes hidráulicas de abastecimiento (en este caso, el Consorcio Supervisión Saneamiento del cual ATJ forma parte)".

Así, considera incorrecto manifestar que dicha certificación está firmada por el proponente (en este caso ATJ), pues el certificado está firmado por el Director de Fiscalización, es decir la persona designada por el titular de la obra Servicio Nacional de Saneamiento Ambiental (SENASA) para tal fin, es decir, sobre el Consorcio Supervisión Saneamiento (CSS), del cual ATJ forma parte. Que el firmante estuviese contratado no por ATJ, sino por una figura jurídica independiente, a saber, un consorcio participado tanto por ATJ como por otra firma, es irrelevante, ni el Pliego manifiesta nada en su contra. Adicionalmente, destaca que, el Director de Fiscalización, en analogía con un Director de Obra en España, tiene su propia responsabilidad en el desempeño de su labor profesional, independientemente de quién lo contrate.

En concreto, para acreditar la experiencia exigida en servicios análogos según los epígrafes 5.1 B) 2 y 5.2.B) 2 del Anexo I del PCAP en los referentes a los Servicios prestados por la mercantil ATJ Consultores (como parte de CSS) para el SENASA en Paraguay, se aportaron diferentes documentos: 1.- “*Constancia de Prestación del Servicio*”, completado con documentación adicional explicativa de que la responsabilidad de certificar las obras ejecutadas y las cantidades, correspondía al Consorcio Supervisión Saneamiento (del cual ATJ forma parte), tal y como resulta de los términos del Contrato de la prestación. 2.- Se aportó copia de dicho Contrato.

3.- Y “Certificados de Terminación Total de Obras”, emitidos por CSS como “fiscalizadora”.

De la aportación de los citados documentos concluye la UTE que quedaron suficientemente acreditadas por CSS las cantidades de obra ejecutadas para acreditar la experiencia en ejecución de servicios análogos, más allá de aspectos formales. Así entiende que la mesa de contratación no ha tenido en cuenta las particularidades del país donde se prestaron los servicios que acreditan la experiencia de la reclamante, pero no puede negar que el certificado de buena ejecución ha sido emitido por la figura designada por el “*titular y/o promotor de las obras*”, pues éste delegó las funciones de certificación de las cantidades de obra en la Fiscalización de las mismas, conforme al Contrato y al alcance del servicio contratado.

Por su parte la entidad contratante expone, siguiendo el informe técnico emitido el 12 de febrero de 2021 por el Jefe del Área de Construcción de Redes de Abastecimiento, en relación al cumplimiento de especificaciones técnicas, subcontratación y revisión de los criterios de selección cualitativa técnica o profesional, que la reclamante para los lotes 1 a 10 “*En fase de subsanación, presenta Dos (2) referencias de servicios de Dirección de Obra y/o Asistencia Técnica y servicios de Coordinación de Seguridad y Salud en obras de instalación de redes hidráulicas de abastecimiento con una longitud mayor o igual a 10 km y Una (1) referencia de servicios de Dirección de Obra y/o Asistencia Técnica y servicios de Coordinación de Seguridad y Salud en obras de instalación de redes hidráulicas de abastecimiento con una longitud mayor o igual a 5 km. Para acreditar las referencias presentadas aporta:*

1. *Copia compulsada de “Constancia de prestación del servicio” emitido el 17 de julio de 2018 por el titular y/o promotor de las obras como se requiere en el apartado 5.2.B) 2 del Anexo I del PCAP, pero donde no se indican los kilómetros exigidos en el apartado 5.1.B) 2 del Anexo I del PCAP.*
2. *Copia compulsada de “Contrato y apéndices de los servicios prestados”*

donde se recogen las condiciones generales y especiales del contrato suscrito, así como los apéndices que regularon la relación contractual entre las partes.

3. Copia de “Constancia de prestación del servicio” emitido el 27 de noviembre de 2020 por el titular y/o promotor de las obras como se requiere en el apartado 5.2.B) 2 del Anexo I del PCAP, pero donde no se indican los kilómetros exigidos en el apartado 5.1.B) 2 del Anexo I del PCAP.

4. Copia de “Certificados de Terminación de las obras de cada servicio” donde se indican las longitudes de tubería renovada pero los certificados están firmados por el propio interesado y no por el titular y/o promotor de las obras como se requiere en el apartado 5.2.B) 2 del Anexo I del PCAP.

Al tratarse de documentación emitida por el propio interesado y no por el titular y/o promotor de las obras no se puede tomar en consideración al no cumplir con lo requerido en el citado apartado 5.2 B) 2 del Anexo I del PCAP en el que se requiere expresamente la presentación de certificados de buena ejecución emitidos por el titular y/o promotor de las obras para las que se han prestado los Servicios.

A mayor abundamiento, el propio licitador, en la documentación presentada en fase de subsanación indica “...se está tramitando una acreditación por parte de SENASA en la que ratifique las mediciones especificadas en nuestra declaración y certificados de terminación de las obras” siendo SENASA el titular y/o promotor de las obras tal y como se desprende de los contratos aportados.

CONCLUSIÓN: *De los CUATRO Servicios de Dirección de Obra y/o Asistencia Técnica a la Dirección de Obras exigidos en el apartado 5.1.B) 2 del Anexo I del PCAP para los lotes 1 a 4, la UTE SERYNCO INGENIEROS, S.A. – ATJ CONSULTORES, S.L. solo ha presentado UN certificado de buena ejecución emitido por el titular y/o promotor de las obras correspondientes a Servicios de Dirección de Obra y/o Asistencia Técnica a la Dirección de Obras en obras de instalación de redes hidráulicas de abastecimiento con los requisitos indicados en los apartados 5.1.B) 2 y 5.2.B) 2 del Anexo I del PCAP.*

De los CUATRO Servicios de Coordinación de Seguridad y Salud exigidos en el apartado 5.1.B) 2 del Anexo I del PCAP para los lotes 1 a 4, la UTE SERYNCO INGENIEROS, S.A. - ATJ CONSULTORES, S.L. solo ha presentado un certificado

de buena ejecución emitido por el titular y/o promotor de las obras correspondientes servicios de Coordinación de Seguridad y Salud en obras de instalación de redes hidráulicas de abastecimiento con los requisitos indicados en los apartados 5.1.B) 2 y 5.2.B) 2 del Anexo I del PCAP.

Asimismo, con el único certificado de buena ejecución aportado emitido por el titular y/o promotor de las obras correspondientes a Servicios de Dirección de Obra y/o Asistencia Técnica a la Dirección de Obras y de Servicios de Coordinación de Seguridad, en obras de instalación de redes hidráulicas de abastecimiento, no cumple con lo requerido en los apartados 5.1 B)2 y 5.2 B) 2 para los lotes 5 a 7 y 8 a 10.

Por tanto, la UTE SERYNCO INGENIEROS, S.A. - ATJ CONSULTORES, S.L. no ha presentado toda la documentación requerida y no acredita cumplir todos y cada uno de los requisitos de selección cualitativa técnica o profesional referidos en el apartado 5.1 B) 2 de ninguno de los lotes del procedimiento”.

Canal de Isabel II alega que el PCAP exige claramente certificados de buena ejecución emitidos por el titular y/o promotor de las obras para las que se han prestado los Servicios; esto es emitidos por un tercero distinto del contratista debiendo constar en ellos claramente la identidad del firmante y cargo que ostenta, la fecha de realización, el importe y las características del servicio. El hecho de que se soliciten certificados de buena ejecución emitidos por persona distinta del contratista se debe, lógicamente, a la necesidad de que la entidad contratante tenga garantía y seguridad de que dichos trabajos se han ejecutado, y que se han ejecutado correctamente. Los certificados presentados en trámite de subsanación por la UTE reclamante no están emitidos por el promotor y/o titular de las obras sino por el propio interesado, toda vez que una de las dos empresas integrantes de la UTE reclamante ATJ forma parte del Consorcio de Supervisión de Saneamiento que emite los certificados.

Por último indica que, si bien la reclamante aportó copia compulsada de dos documentos de “Constancia de prestación del servicio” emitidos el 17 de julio de

2018 y el 27 de noviembre de 2020 por el titular y/o promotor de las obras, dichos certificados no incluían la referencia a los kilómetros que exige el apartado 5.1.B) 2 del Anexo I del PCAP. Por tanto, los certificados emitidos por el titular y/o promotor de las obras, no acreditaban los kilómetros exigidos en el apartado 5.1.B) 2 del Anexo I del PCAP. Asimismo, la propia reclamante viene a reconocer que completó los referidos certificados de buena ejecución con documentación adicional emitida por un Consorcio del que forma parte, reconociendo que no ha presentado la documentación acreditativa que se exige en el pliego al informar de que está tramitando una acreditación por parte de SENASA que ratifique las mediciones especificadas.

Este Tribunal a la vista del expediente de contratación y de las alegaciones formuladas por las partes, en primer lugar comprueba que el apartado 5.2 B) 2 del Anexo I del PCAP establece la documentación para acreditar la experiencia en servicios análogos requerida en el apartado 5.1 A) 2 del Anexo I del PCAP disponiendo que *“Para acreditar la realización de los servicios requeridos para distintos grupos de lotes en el apartado 5.1 B) 2 anterior ejecutados en los quince (15) últimos años anteriores a la fecha de publicación del PCAP en el perfil de contratante de Canal de Isabel II, S.A. (www.madrid.org), los licitadores deberán presentar originales o copias compulsadas de certificados de buena ejecución emitidos por el titular y/o promotor de las obras (que deberán estar finalizadas) para las que se han prestado los Servicios, ya sea persona pública o privada, en los que conste claramente la identidad del firmante y cargo que ostenta, la fecha de realización, el importe y las características del servicio. Las unidades mínimas requeridas son las referidas en el apartado 5.1 B) 2 anterior”*.

Asimismo, constata que la reclamante no ha acreditado el criterio de selección cualitativa técnica o profesional exigido en el apartado 5.1.B).2 del Anexo I del PCAP, relativo a la experiencia en servicios análogos, conforme a lo requerido en el apartado 5.2.B).2, incumplimiento reconocido por ambas partes, si bien la reclamante alega que el requisito de selección se cumple y que la acreditación

adolece de literalidad y formalismo no considerando justificada su exclusión.

A estos efectos en primer lugar se ha de recordar el asentado criterio doctrinal de que los Pliegos conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. Asimismo, es unánime el criterio de que no procede plantear discrepancia con el clausulado de un pliego aceptado íntegramente por el reclamante al presentar su oferta, como es el caso, dado que ni el criterio establecido ni su forma de acreditarlo ha sido impugnado por la UTE en el momento procedural oportuno.

Como se establece en los artículos 21 y 32 de la LCSE es competencia de la entidad contratante determinar los criterios de selección cualitativa a incluir en el pliego de condiciones, a los que necesariamente se han de ajustar los licitadores que concurren a la contratación, cumpliéndose en el presente supuesto las condiciones exigidas en el artículo 40.1 de la LCSE, puesto que tanto el criterio como su acreditación son objetivos y se han recogido claramente en el PCAP a disposición de los operadores económicos interesados en la contratación.

En la actuación de la mesa de contratación no se aprecia vulneración de los principios de la contratación expresamente recogidos en el artículo 19 de la LCSE de no discriminación, igualdad de trato, y transparencia, puesto que los criterios de selección cualitativa se han requerido por igual a todos los licitadores, que han contado con el mismo plazo para presentar la documentación exigida, así como para su subsanación, y gozando los requisitos exigidos y su acreditación de la debida claridad y publicidad. El que la reclamante no haya contado con los certificados requeridos en los plazos legalmente previstos, solo a ella le es imputable. Por otra parte, no se puede considerar como defecto formal una cuestión sustancial como es

el hecho de que la certificación emitida no sea del titular y/o promotor de las obras sino de quien las ejecuta, pues en este caso la exigencia de la acreditación pierde toda su virtualidad, equivaliendo a una mera declaración del interesado. A título de ejemplo se puede mencionar que el artículo 90 de la LCSP al regular la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios dispone en su apartado 1.a) que la experiencia se acreditará mediante certificados expedidos o visados por el destinatario de la prestación, por lo que a sensu contrario no es admisible que se efectué simplemente por el prestatario de los servicios contratados.

Por último, cabe mencionar que la admisión de documentación sin cumplir lo dispuesto en el PCAP o fuera de los plazos establecidos supondría una total inseguridad jurídica para todos los participantes en el procedimiento de contratación, tanto licitadores como órgano de contratación, conculcando los principios de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, e impidiendo la eficiencia del procedimiento de contratación que podría verse demorado de manera arbitraria con los consiguientes perjuicios para los intereses de las partes.

Por todo lo expuesto este Tribunal, considera procedente desestimar la reclamación presentada por la UTE SI-ATJ al haber actuado la mesa de contratación de Canal según lo dispuesto en el PCAP, respetando la LCSE.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 120 del RDLCSE en relación al 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar la reclamación en materia de contratación interpuesta por las

representaciones de las empresas: Serynco Ingenieros, S.A. y Asistencia Técnica y Jurídica Consultores S.L., futura UTE Serynco Ingenieros, S.A.- ATJ Consultores, S.L., contra el acuerdo de exclusión de la UTE de la licitación en el contrato de "Servicios de dirección de obras y coordinación de seguridad y salud de las obras, a ejecutar en cada uno de los 10 lotes incluidos en el contrato 102/2018, "Renovación de tuberías de la red de abastecimiento de Canal de Isabel II, S.A.", dividido en diez lotes, número de expediente: 121/2018, adoptada por la mesa de contratación el 17 de febrero de 2021.

Segundo.- 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 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por este Tribunal el 25 de marzo de 2021, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 10.1, letras k) y l) y artículo 11.1.f) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con los artículos 59 de la LCS y 122.1 de la LCSE.