

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

En Madrid, a 22 de febrero de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don A.G.C., en nombre y representación de Isla Verde Obras y Servicios, S.L. y don I.R.M., en nombre y representación de Maider Medioambiente, S.L.U., licitadoras en compromiso de UTE, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 17 de enero de 2017, por el que se excluye a las recurrentes de la licitación del contrato “Programa de formación, promoción, dinamización y divulgación ambiental Bosque Sur, en el Centro Polvoranca y en el Centro Bosque Sur”, tramitado por la Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, número de expediente: A/ESP-006670/2016 (2-B/17), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero.- La Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid, convocó la licitación del citado contrato, calificado como administrativo especial, para su adjudicación mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 637.302,92 euros. El anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y en el Perfil del contratante el 12 de diciembre de 2016.

Segundo.- El PCAP establece en su cláusula 1.1, la definición del objeto del contrato consistente en *“la realización del programa de formación, promoción, dinamización y divulgación ambiental Bosque Sur, en el Centro Polvoranca y en el Centro Bosque Sur, para el periodo 1 de agosto de 2017 al 31 de julio de 2019, que contempla:*

- El diseño y desarrollo por un equipo técnico especialista del programa de formación, promoción, dinamización y divulgación ambiental, según los objetivos descritos en el punto 5º y las actuaciones previstas en el punto 6º del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP).

- La conservación, mantenimiento y custodia de los Centros de educación ambiental Polvoranca y Bosque Sur, sus recursos e instalaciones, descritos en el punto 4º del PPTP”.

En el apartado 5 de dicha cláusula se determinan todos los criterios de solvencia técnica o profesional exigidos, de entre los previstos en el artículo 78, apartados a), e) y f) del TRLCSP, y en concreto en el relativo al apartado f), se establece lo siguiente:

“Según el artículo 78.1 del TRLCSP, apartado f), en los casos adecuados, indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.

Criterios de selección: Deberá acreditar tener implantado un sistema de gestión ambiental en la empresa (ISO 14001 o EMAS) a través de la presentación de certificado en vigor emitido por órgano de acreditación”.

La cláusula 12.7 del PCAP respecto de las Uniones Temporales de Empresarios establece, entre otros extremos, lo siguiente:

(...)

“Respecto a la determinación de la solvencia económica y financiera y técnica profesional de la unión temporal y a sus efectos, se acumularán las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma. En caso de que aporten

clasificación, el régimen de acumulación de las mismas será el establecido en los artículos 51 y 52 del RGLCAP”.

Tercero.- A la licitación convocada concurrieron 7 empresas, entre ellas la recurrente.

La Mesa de contratación en su reunión, de 11 de enero de 2017, procedió al estudio y calificación de la documentación administrativa de las proposiciones presentadas a la licitación del contrato y solicitó la subsanación de la documentación aportada por las licitadoras Isla Verde Obras y Servicios, S.L. y Maider Medioambiente, S.L.U., concediéndoles plazo para ello.

A las empresas se le requirió aportar determinada documentación y en concreto a la empresa Maider Medioambiente, S.L.U., lo siguiente:

“Art.78.1 f) Deberá acreditar tener implantado un sistema de gestión ambiental en la empresa (ISO 14001 o EMAS) a través de la presentación de un certificado en vigor emitido por el órgano de acreditación.”

El acuerdo fue notificado a las recurrentes por fax el día 12 de enero de 2017.

La Mesa de Contratación, se reúne de nuevo el 17 de enero, para el estudio de la documentación presentada para subsanar la documentación administrativa y para proceder a la apertura de las ofertas económicas de las proposiciones admitidas a la licitación. La Mesa acuerda la exclusión de las recurrentes porque la empresa Maider Medioambiente, S.L.U. *“no ha acreditado tener implantado un sistema de gestión ambiental en la empresa (ISO 14001 o EMAS) a través de la presentación de un certificado en vigor emitido por el órgano de acreditación.”*

No consta que se notifiques este acuerdo si bien ha sido publicado en el Perfil de contratante y en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, no consta en el expediente el contenido exacto de la publicación, aunque en el documento denominado *“tablón admitidos y excluidos”* consta lo siguiente: *“UTE ISLA VERDE*

OBRAS Y SERVICIOS, S.L. (B83409235) - MAIDER MEDIOAMBIENTE, S.L.U. EXCLUIDO. La Mesa de Contratación propone la exclusión de la licitación, por no aportar la documentación solicitada para subsanar".

Cuarto.- Con fecha 2 de febrero de 2017, previa presentación del anuncio ese mismo día, se presentó ante el órgano de contratación escrito de don A.G.C., en nombre y representación de Isla Verde Obras y Servicios, S.L. y don I.R.M., en nombre y representación de Maider Medioambiente, S.L.U., contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 17 de enero de 2017, por el que se les excluye de la licitación del contrato.

La recurrente alega en primer lugar lo siguiente:

"Supuesta falta de acreditación de la solvencia. Implantación de un sistema gestión ambiental en la empresa Maider Medioambiente, S.L.U., (ISO 14001 o EMAS). Con respecto a esta cuestión que, al parecer, ha sido la motivación de la Mesa de contratación y que entendemos a todas luces errónea, injusta e inexplicable, queremos hacer referencia al contenido de la Cláusula 40 del PCAP que regula el proceso de licitación, donde se expresa, acerca de la Solvencia económica, financiera y técnica o profesional que, "Los licitadores deberán acreditar su solvencia económica, financiera y técnica o profesional en los términos y por los medios que se especifiquen en el anuncio de licitación y que se relacionan en el apartado 5 de la cláusula 1"(...) Los licitadores, en consecuencia, deben acreditar su solvencia por uno de esos medios, no obligándose ni requiriéndose a los mismos que acrediten su solvencia mediante la cumplimentación de todos y cada uno de los medios de acreditación elegidos por el órgano de contratación a la hora de redactar los pliegos.

Por ello, dado que nuestras mandantes en su oferta (y, posteriormente en el trámite de subsanación otorgado), han acompañado suficiente documentación como para que se tenga por suficientemente acreditada su solvencia en este sentido, no comprende ni entiende que hayan sido requeridas en su momento y, posteriormente, excluidas en los términos en los que se efectuó dicho requerimiento, con referencia a la acreditación de la ISO 14001 o EMAS, por parte de una de las empresas

concurrentes a la promesa de constitución de Unión Temporal de Empresas precisamente porque ya consta acreditada la misma en lo que respecta a ambas compañías”.

En segundo lugar alega falta de motivación del Acuerdo de exclusión e indefensión puesto que “en ningún momento del acta, se desarrollan los motivos por los cuales se ha entendido, primero, que era necesario subsanar la cuestión planteada en el hecho inmediatamente anterior de este escrito, puesto que mis mandantes -en la cumplimentación del requerimiento- ya advirtió a la mesa de contratación de los argumentos en los que apoya la innecesidad de su mayor acreditación y, en segundo lugar, porque no se explicitan -ni tan siquiera indiciariamente- los argumentos y/o fundamentos de derecho que apoyan tal decisión de exclusión”.

Por ello solicita que el Acuerdo sea declarado nulo o anulable.

Quinto.- El órgano de contratación remitió al Tribunal el recurso, el expediente de contratación y el informe preceptivo establecido por el artículo 46.2 del TRLCSP, el 3 de febrero de 2017.

En dicho informe alega en primer lugar que el contrato no es susceptible de recurso ya que se trata de un contrato administrativo especial y por tanto no contemplado en el artículo 40.1 del TRLCSP.

No obstante, en cuanto al fondo del recurso realiza un resumen de la tramitación seguida en el expediente y concluye que la empresa Maider Medioambiente, S.L.U., no aportó la documentación solicitada para acreditar la solvencia técnica del apartado f) del artículo 78 del TRLCSP. Alega que no nos encontramos ante un supuesto de integración de solvencia, al que se hace referencia en el artículo 63 del TRLCSP, sino ante dos empresas con compromiso de formación en unión temporal de empresas en caso de resultar adjudicatarias. Tampoco es un supuesto de exigencia de clasificación “ni puede otorgársele el

carácter de asimilable a la misma de acuerdo con el Anexo II denominado “Correspondencia entre subgrupos de clasificación y códigos CPV de los contratos de servicios” del Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (...). Por tanto, los licitadores deben acreditar la solvencia por los medios que establece el TRLCSP y, en concreto, por los que se recogen en el apartado 5 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de este contrato, en consonancia con el apartado 4 de la Cláusula 12 del PCAP, que recoge que los licitadores deberán acreditar su solvencia económica y financiera, y técnica o profesional en los términos y por los medios que se especifiquen en el anuncio de licitación y que se relacionan en el apartado 5 de la cláusula 1. En consecuencia, no se comparte la siguiente afirmación de las recurrentes “Los licitadores, en consecuencia, deben acreditar su solvencia por uno de esos medios, no obligándose ni requiriéndose a los mismos que acrediten su solvencia mediante la cumplimentación de todos y cada uno de los medios de acreditación elegidos por el Órgano de Contratación a la hora de redactar los pliegos”, ya que se deben cumplir todos y cada uno de los criterios de selección”.

Por lo que se refiere al requerimiento efectuado por la Mesa a una de las empresas licitadoras en UTE, relativo al certificado del sistema de gestión ambiental, cita el Informe 29/2010, de 24 de noviembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, el cual señala:

“1º. Los certificados acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental sólo garantizan esta circunstancia respecto de la empresa y la actividad de ésta para las cuales se han expedido.

2º. Las circunstancias acreditadas por tales certificados no se acreditan respecto de otras empresas aunque pertenezcan al mismo grupo, ni pueden servir para acreditar el cumplimiento por parte de las restantes que forman parte de una unión temporal de empresas.

3º. Se excluye, naturalmente, el supuesto en que de la unión temporal forme parte alguna empresa cuya actividad en la ejecución del contrato no esté afectada por la exigencia de los mencionados certificados". No estando ante este supuesto.

En cuanto a la falta de motivación y la indefensión alegadas, considera que resulta evidente que las recurrentes en todo momento han conocido que el motivo de la exclusión de la empresa obedece al defectuoso cumplimiento del requerimiento de subsanación, pues no se presentó el Certificado exigido en el PCAP por MAIDER MEDIO AMBIENTE, S.L.U.

Po todo ello solicita se inadmita o se desestime el recurso.

Sexto.- El 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.

Finalizado el plazo no se han recibido alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En primer lugar debe analizarse la naturaleza del contrato, a los efectos de determinar la competencia de este Tribunal para resolver el recurso ya que si se tratase de un contrato administrativo especial, como ha sido calificado, no sería susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 40.1 del TRLCSP.

La naturaleza de contrato administrativo especial en este supuesto y en otros análogos, venía siendo determinada porque el objeto del contrato consiste en la prestación de una serie de actividades heterogéneas que no permitían su encuadramiento o encaje en ninguna de las categorías del Anexo II del TRLCSP. Así se reconoció por el Tribunal en su Resolución 54/2013 de 10 de abril, respecto de un contrato idéntico al ahora licitado. En ese caso se consideró que la pluralidad de

servicios y actuaciones no encuadrables en las categorías 17 a 27 del Anexo II, hacía que la calificación del contrato debiese ser la de administrativo especial y por tanto no cabía recurso especial.

Sin embargo, la situación ha cambiado. Como ha señalado el Tribunal en su Resolución 49/2017, de 15 de febrero, *“hasta la finalización del plazo de transposición de la directiva 2014/24/UE, el elemento caracterizador de la definición del contrato de servicios, había que encontrarlo en la referencia que hace a las categorías recogidas en el Anexo II de la Ley, pues, al hacerlo, vincula directamente el objeto del contrato de servicios con el desarrollo de alguna de las actividades contempladas en dicho Anexo, a su vez desarrolladas por la remisión que en él se hace a los diferentes números de referencia CPC y CPV. En consecuencia, conforme al TRLCSP debe considerarse que habrá contrato de servicios allí donde exista una relación jurídica de carácter oneroso en que intervenga una Administración Pública y que tenga por objeto alguna de las actividades enumeradas en su Anexo II y por el contrario donde exista tal relación jurídica no subsumible en ninguna de las actividades del Anexo II podríamos estar en presencia de un contrato administrativo especial”*.

Habiendo finalizado el plazo de transposición de la Directiva el 18 de abril de 2016, en estos momentos la definición del contrato de servicios es la contenida en el artículo 2 de la Directiva 2014/24/UE que tiene efecto directo, desplazando las categorías de servicios que hasta ahora se contenían en el Anexo II del TRLCSP.

Por lo tanto, en el presente caso tratándose de actividades como el diseño y desarrollo del programa de formación, promoción, dinamización y divulgación ambiental y la conservación, mantenimiento y custodia de los Centros de educación ambiental, que pueden claramente encuadrarse en el contrato de servicios, según el artículo 2 de la Directiva 2014/24/UE: *“Contratos públicos de servicios: los contratos públicos cuyo objeto sea la prestación de servicios distintos de aquellos a los que se refiere el punto 6”*, que se refiere al contrato de obras, debemos concluir que nos encontramos ante un contrato de servicios y por tanto susceptible de recurso

especial en materia de contratación.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 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.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de las empresas Isla Verde Obras y Servicios, S.L. y Maider Medioambiente, S.L.U., licitadoras en compromiso de UTE que han sido excluidas de la licitación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

Igualmente ese acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios sometido a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1 a) y 2 b) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo impugnado fue adoptado el día 17 de enero de 2017, publicado en el Perfil de contratante el 18 de enero y conocido por las recurrentes en esa misma fecha, por lo que interpuesto el recurso el día 2 de febrero, se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- Sobre los motivos del recurso debe analizarse en primer lugar la falta de motivación alegada y la subsiguiente indefensión que aducen las recurrentes.

El Acuerdo de exclusión no ha sido notificado, sin que la publicación en el Perfil o el Portal de Contratación pueda considerarse medio adecuado de comunicación de admitidos y excluidos, como indica el órgano de contratación. Como ha señalado el Tribunal en diversas ocasiones, no existe obligación legal de

notificar la exclusión, no así la adjudicación que debe notificarse obligatoriamente. No obstante, el Acuerdo de exclusión es un acto de trámite susceptible de recurso si ha sido debidamente notificada, circunstancia que no se ha producido en este caso.

Ahora bien, las recurrentes han conocido su exclusión por la publicación del Acuerdo, dándose por notificadas y además adjuntan al recurso copia del Acta de la Mesa de 17 de enero de 2017 y en ella consta el motivo de la exclusión por lo que no puede alegarse falta de motivación del Acuerdo y tampoco indefensión, puesto que han podido interponer un recurso fundado alegando o que considerasen oportuno. La argumentación de la Mesa se refiere a lo establecido en el PCAP y a la no subsanación de la documentación por lo que debemos considerar que es suficiente y adecuada para conocer las causas de la exclusión y en su caso rebatirlas.

Por lo tanto el recurso debe desestimarse por este motivo.

En cuanto a falta de acreditación de la solvencia exigida, las recurrentes admiten que no aportaron el certificado establecido en el PCAP y sus argumentos se dirigen a alegar que no era necesario puesto que basta para acreditar la solvencia alguno de los medios establecidos, no todos, y además, que teniendo el certificado una de las empresas su eficacia se extiende a la otra participante de la UTE, integrándose el requisito de solvencia.

Ninguno de los dos argumentos puede tener acogida favorable.

En primer lugar, porque el Pliego es claro en este punto y no precisa mayor interpretación. Es cierto que el TRLCSP permite la acreditación de la solvencia por cualquiera de los medios que contempla pero en el PCAP esa acreditación se restringe, acotando el criterio o criterios de selección elegido por el órgano de contratación, según las características del contrato.

En el caso de las empresas en compromiso de UTE, dice el PCAP que “se acumularán las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma”, lo que supone la exigencia de acreditación por parte de las dos empresas, si bien, cuando sea posible, se podrán acumular las circunstancias acreditadas.

Por lo tanto, no se deja a decisión del licitador la elección del medio de acreditación de la solvencia sino que debe ser el señalado en cada caso en el PCAP como criterio de selección.

En segundo lugar, en este caso el criterio de selección exigía un certificado de implantación de un sistema de gestión ambiental en la empresa (ISO 14001 o EMAS). En ningún momento la empresa requerida expresó su intención de acreditar la solvencia con medios ajenos pero es que incluso si lo hubiera hecho, no hubiera sido posible en este caso.

Como indica el órgano de contratación en su informe, apoyándose en un Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, los certificados acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental, sólo garantizan esta circunstancia respecto de la empresa y la actividad de ésta para las cuales se han expedido. De manera que por la propia naturaleza del criterio debe ser acreditado por cada empresa, puesto que el cumplimiento de las normas de garantía de calidad es una circunstancia individual y exclusiva que no puede trasladarse de una a otra empresa, como podría ocurrir con otros elementos de la actividad empresarial, por ello que no cabe aplicar el artículo 63 del TRLCSP relativo a la integración de la solvencia con medios externos.

Por todo ello, el recurso debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP 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 el recurso especial, interpuesto por don A.G.C., en nombre y representación de Isla Verde Obras y Servicios, S.L. y don I.R.M., en nombre y representación de Maider Medioambiente, S.L.U., licitadoras en compromiso de UTE, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 17 de enero de 2017, por el que se excluye a las recurrentes de la licitación del contrato “Programa de formación, promoción, dinamización y divulgación ambiental Bosque Sur, en el Centro Polvoranca y en el Centro Bosque Sur”, tramitado por la Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, número de expediente: A/ESP-006670/2016 (2-B/17).

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.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por el Tribunal en su reunión de 15 de febrero 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 49 del TRLCSP.