

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

En Madrid, a 6 de marzo de 2019.

VISTA la reclamación interpuesta por don R.F.C., actuando en nombre y representación de la entidad INGIOPSA Ingeniería S.L., contra la exclusión o no toma en consideración de su oferta en el procedimiento de contratación número 43/2018 “Contrato de servicios de asistencia técnica para el proyecto de construcción del tratamiento de caudales aliviados y mejoras medioambientales en la E.D.A.R. SUR (T.M. GETAFE)”, del Canal de Isabel II, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 10 de marzo de 2018 se publicó la convocatoria del procedimiento de licitación 43/2018 en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 8 de marzo de 2018 en el Boletín Oficial del Estado, el 6 de abril de 2018 en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y el 21 de marzo de 2018 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

El valor estimado del contrato asciende a 632.500 euros, con un plazo de cuarenta y un meses.

Segundo.- En lo que interesa a este procedimiento, el PCAP no prohíbe la subcontratación ni el recurso a medios externos. En materia de solvencia técnica, el PCAP en su Anexo I, 5, distingue entre el personal del punto 5.1.A) 3 letras a) y b) que debe cumplir los requisitos del anexo XIII y personal del punto 5.1. B) La acreditación de disposición de todo el personal se difiere a la adjudicación del contrato.

Respecto del personal del punto 5.1.A) 3 letras a) y b), interesa destacar en relación con el objeto de la reclamación que refiere a personal de plantilla de la empresa y se define en el Anexo XIII los requisitos, muy detallados, que debe cumplir el mismo, siendo los siguientes:

- Jefe de Unidad.
- Coordinador de Seguridad y Salud.
- Ingeniero Especialista en diseños EDAR.
- Titulado especialista en puesta en marcha de EDAR.
- Ingeniero especialista en equipamiento mecánico, eléctrico, instrumentación y control de EDAR.

De todo este personal se requieren unos requisitos de selección técnica o profesional que se concretan en el Anexo XIII del PCAP y en punto 5.3 del Anexo I. Así, por ejemplo, respecto del Coordinador de Seguridad y Salud se requiere: *“Coordinador de seguridad y salud: Técnico inscrito en el Registro de Coordinadores de Seguridad y Salud en Obras de Construcción, con experiencia mínima de TRES años como coordinador de seguridad y salud en la ejecución de obras de nueva construcción o ampliación de la capacidad de tratamiento de Estaciones Depuradoras de Aguas Residuales (EDAR) o Estaciones Regeneradoras de Agua para Reutilización (ERAR) o Estaciones de Tratamiento de Agua Potable (ETAP).”*

Este personal integra la solvencia técnica exigida y consta en el Anexo I del PCAP, en el punto 5.1.A).

Además de este personal en el punto 5.1.B se afirma que se admitirá la integración con medios externos del personal contemplado en el punto 6 del PPT. El

punto 5.1. B del Anexo I del PCAP admite expresamente la integración con medios externos de este personal, siempre y cuando se garantice su disponibilidad para la ejecución del contrato. Textualmente transcrito afirma: *“5.1 B) Las empresas licitadoras deberán acreditar que reúnen asimismo los siguientes requisitos de selección cualitativa que podrán Integrar en la forma prevista en el artículo 63 del TRLCSP (Integración de la solvencia con medios externos). De conformidad con lo previsto en el citado artículo, la integración de la solvencia con medios externos se admitirá siempre y cuando quede totalmente garantizada la ejecución del contrato. En este sentido, los licitadores que acudan a esta posibilidad deberán (I) demostrar, mediante la exhibición del correspondiente documento de compromiso, que para la ejecución del contrato dispondrán de los medios aportados a través de otra entidad y (II) declarar que en caso de resultar adjudicatario del contrato el licitador se compromete a ejecutar el mismo con los mismos medios que ha aportado para acreditar su solvencia. En el contrato que se formalice con Canal de Isabel II, S.A. se recogerá el compromiso anteriormente referido. Esta obligación tendrá carácter esencial de conformidad con lo previsto en el artículo 223 f) del TRLCSP y cláusula 39 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.*

Medios que deben adscribirse a la ejecución del contrato:

a) Medios personales:

Además del personal referido en el apartado 5.1.A) 3 anterior será necesario que los licitadores acrediten que disponen del resto del personal descrito en el apartado 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas, así como aquel personal que oferten adicionalmente en su caso.”

El punto 6 del PPT describe este personal (no figura en el PCAP): *“El adjudicatario pondrá a disposición el siguiente personal con dedicación parcial al desarrollo de los trabajos, y los medios necesarios para la ejecución de los mismos:*

Ingeniero Técnico Topógrafo:

Ingeniero Técnico Topógrafo con experiencia mínima de TRES años en la ejecución de obras hidráulicas.

En el precio se incluye auxiliares de apoyo en el desarrollo de los trabajos de campo y elaboración de planos y reportajes fotográficos del mismo.

Arquitecto:

Arquitecto o arquitecto técnico con experiencia mínima de CINCO años en implantación y edificación de instalaciones objeto del presente pliego.

Arqueólogo:

Especialista o profesional con la titulación adecuada con experiencia mínima de TRES años en el área de la Arqueología.

Actuará como especialista en los trabajos previos al inicio de obras y durante las mismas, con el fin de prevenir afección sobre cualquier yacimiento arqueológico, redactando un informe sobre el estudio específico realizado.

Especialista en Geología y Geotécnica:

Especialista o profesional con la titulación adecuada, con experiencia mínima de CINCO años en el área de la Geología y Geotecnia.

Actuará como especialista en la fase de obra que requiera análisis, estudio e información sobre la calidad de los suelos para cimentación de las estructuras.”

Tercero.- Con fecha 14 de septiembre de 2018, el Secretario de la Mesa de contratación requirió a INGIOPSA, empresa propuesta como adjudicataria del contrato, para que dentro del plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido la notificación presentase la documentación exigida en la Cláusula 13 del PCAP y para que constituyera la garantía referida en la Cláusula 15 del citado pliego. INGIOPSA presentó la documentación que estimó oportuna para atender dicho requerimiento.

El día 28 de septiembre de 2018, una vez analizada la documentación aportada por INGIOPSA, Canal de Isabel II, S.A. solicitó a dicha empresa que aclarase por qué en el Documento Europeo Único de Contratación (en adelante DEUC) presentado en su oferta, indicó que no se basaba en la capacidad de otras entidades para cumplir los criterios de solvencia técnica o profesional. ni tenía intención de subcontratar alguna parte del contrato, declarando además que disponía de los medios materiales y personales para la ejecución del mismo y que, por ello, el porcentaje de subcontratación sería del 0% y por qué en la documentación presentada al ser propuesto como adjudicatario, indicó que iba a subcontratar las tareas de topografía y de arqueología integrando en ambos casos la

solvencia relativa a los perfiles de Arqueólogo e Ingeniero Técnico Topógrafo con subcontratistas.

Con fecha 3 de octubre de 2018 INGIOPSA presentó un escrito en el que indicaba que, si bien cuando presentó su oferta cumplía con la solvencia requerida en el PCAP, ya que contaba con los perfiles de Arqueólogo e Ingeniero Técnico Topógrafo, en la actualidad ya no disponía de los mismos y en consecuencia manifestó su intención de subcontratarlos para acreditar la solvencia requerida en el PCAP. En dicho escrito la citada empresa señaló que tenía la posibilidad de realizar el cambio de su oferta en lo referente a la subcontratación conforme a lo dispuesto en la Cláusula 25 del PCAP.

Cuarto.- Tal y como refiere el acta de la Mesa de contratación de 21 de enero de 2019, y de conformidad con la doctrina citada en la misma, no debían tomarse en consideración la oferta presentada por INGIOPSA en el procedimiento de licitación por haber modificado su oferta toda vez que en el momento de la presentación de la oferta dicho licitador declaró que disponía por sí mismo de toda la solvencia requerida en el PCAP y que no iba a realizar ninguna subcontratación y que con posterioridad, en el momento de resultar propuesto como adjudicatario declaró que iba a integrar su solvencia con terceros mediante la subcontratación de parte de dicha solvencia (el topógrafo y el arqueólogo).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Mesa de contratación acordó por unanimidad lo siguiente:

1.- No tomar en consideración la oferta presentada por la empresa INGIOPSA y que se procediese a la devolución de la garantía definitiva depositada y del importe del pago de los anuncios de licitación realizado por la misma.

2.- Proponer como adjudicatario del contrato al siguiente licitador clasificado con la oferta con el precio más bajo, UTE Gestión Integral del Suelo, S.L. - Omicron Amepro, S.A. por importe de 217.974,80 euros, IVA excluido.

Lo que se notificó en fecha 22 de enero por el Secretario de la Mesa.

Quinto.- En fecha 5 de febrero de 2019 se interpone la reclamación y en data 20 de febrero se suspende el procedimiento a petición de la reclamante.

Sexto.- En fecha 12 de febrero se recibe el informe del órgano de contratación con el expediente administrativo.

Séptimo.- En fecha 19 de febrero se acusa recibo del traslado para alegaciones de Gestión Integral del Suelo, S.L., adjudicataria, no habiéndose recibido escrito de alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El contrato está sujeto a la LCSE. En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, la cláusula primera del PCAP señala que: *“El presente contrato tiene carácter privado. El contrato está sujeto a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y en su defecto al derecho privado. Lo señalado anteriormente se entiende sin perjuicio de las remisiones expresas hechas en el presente Pliego al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.*

Las reclamaciones que se presenten por infracción de las normas contenidas en la Ley 31/2007, se tramitarán de conformidad con lo establecido en el Título VII de la referida Ley en redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación (...).”

La competencia del Tribunal para conocer de las reclamaciones viene establecida en los artículos 101 y siguientes de la LCSE, en los que se dispone lo siguiente: *“Los órganos indicados en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, (actual artículo 40 del TRLCSP) serán los competentes en sus ámbitos respectivos y en relación con las entidades enumeradas en el apartado 1 del artículo 3 de esta Ley, así como a las que estén adscritas o vinculadas a ellas, o a las que hayan otorgado un derecho especial o*

exclusivo, para ejercer las siguientes competencias respecto de los contratos cuyos procedimientos de adjudicación se regulan:

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la reclamación.

Segundo.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica cuya oferta no ha sido tomada en consideración en el procedimiento de licitación, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”* de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE, y ser eventualmente adjudicatario de estimarse su pretensión.

Asimismo se acredita la representación del firmante de la reclamación, tras su subsanación.

Tercero.- La reclamación se plantea en tiempo en fecha 5 de febrero de 2019, dentro del plazo de 15 días hábiles desde la notificación de la exclusión, en fecha 22 de enero de 2019.

Cuarto.- El acto de exclusión, objeto de reclamación, corresponde a un contrato de obras sujeto a regulación armonizada de la LCSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 16.b)

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 104.1 de la Ley 31/2007, se ha anunciado previamente ante el órgano de contratación la interposición de la reclamación.

Quinto.- La Mesa de contratación fundamenta la exclusión del primer propuesto como adjudicatario en la invariabilidad de las declaraciones efectuadas en el DEUC sobre el no recurso a medios externos para integrar la solvencia y la no subcontratación de trabajadores. Se basa en Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales, 20/2018 de 12 de enero, que transcribe: *“En un orden lógico, la primera cuestión que es necesario analizar es si la actuación de EULEN al comunicar al órgano de contratación su intención de subcontratar parte de las tareas del contrato en el trámite establecido en el artículo 151.2 del TRLCSP supone un incumplimiento de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación y/o una alteración de su oferta, puesto que si se da una respuesta afirmativa a cualquiera de estas dos cuestiones, habrá que declarar la procedencia de la decisión del órgano de contratación en orden a la exclusión.*

Para resolver esta cuestión es preciso acudir, en primer lugar, a la literalidad de la Cláusula 9.2.2 del PCAP a la que ya se ha hecho referencia y que establece, incluso en subrayado y negrita que “[E]n la oferta técnica, conforme a lo previsto en el artículo 227.2 a) del TRLCSP, los licitadores deberán indicar en su oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe y el nombre del subcontratista, debiendo acreditar del mismo sus condiciones de solvencia y habilitación profesional”. Sin embargo, EULEN no indicó en su oferta técnica tener intención de subcontratar ninguna parte del contrato, omisión que le resulta enteramente imputable y que, además, se ve corroborada por su respuesta negativa en el DEUC a la pregunta ¿Tiene el operador económico la intención de subcontratar alguna parte del contrato a terceros? Frente a esta constatación, se alega por el recurrente, en primer lugar, que el Pliego habría incurrido en un error al exigir que se hiciera constar en la oferta técnica esta indicación, puesto que se trataría de un contenido propio del sobre destinado a la documentación administrativa por estar íntimamente ligado con la solvencia del contratista y del subcontratista. Sin embargo, la mera lectura del tenor literal del artículo 227.2.a) evidencia que es en la oferta –y no en la documentación administrativa– donde si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar (...) la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a

encomendar su realización. Por ello, no cabe imputar error ni vicio alguno al Pliego en este sentido y, en consecuencia, cabe concluir que EULEN debe quedar vinculado por su oferta que, en este caso, no preveía subcontratación de parte alguna del contrato. De igual manera, por el recurrente se alega que se estaría ante la mera subsanación de la falta de justificación de la correspondiente habilitación profesional y no ante una alteración de su oferta. Sin embargo, como se ha visto, en este caso el PCAP exigía expresamente que se hiciera constar en la oferta técnica la indicación de la parte del contrato que se pretendiera subcontratar, señalando su importe y el nombre del subcontratista y, como igualmente se ha señalado, esta exigencia se ajusta a lo establecido en el TRLCSP y, por ello no puede ser calificada como errónea ni obviada por el recurrente. Tampoco puede considerarse que la declaración, en el trámite del artículo 151.2 del TRLCSP de su intención de subcontratar, en contradicción manifiesta con su oferta, suponga una mera subsanación de la falta de justificación de un requisito de solvencia, puesto que lo que se está haciendo es alterar los términos de dicha oferta. Además, en este caso también es preciso tener en cuenta que la oferta técnica es objeto de una valoración específica conforme a los términos del PCAP que, en este caso, contemplan que se otorgue al licitador una puntuación adicional si asume el compromiso de asumir el coste de los materiales que sea preciso sustituir en las tareas de mantenimiento correctivo previstas en el contrato (Cláusula 10.2.2 para el Lote 4 y Cláusula 10.2.3 para los Lotes 5 y 6), de modo que la decisión de subcontratar o no determinadas partes del contrato –en este caso el mantenimiento correctivo de los escáneres– pudiera tener algún reflejo en la puntuación técnica otorgada al licitador. Por todo ello, cabe considerar que, con independencia del mayor o menor peso económico del mantenimiento correctivo de los escáneres en relación con el objeto del contrato, la actuación de EULEN al pretender introducir en el trámite del artículo 151.2 del TRLCSP una oferta de subcontratación, resulta contraria al PCAP –por extemporánea–, así como contradictoria con los términos de su propia oferta –que le vinculan– y, por ello, procede desestimar los recursos acumulados y confirmar las Resoluciones del Director del Instituto Social de la Marina aquí recurridas, sin que sea necesario analizar el resto de las alegaciones del recurso”.

A juicio de este Tribunal el supuesto de la Resolución del Tribunal Central difiere sustancialmente del aquí considerado. En primer término porque la subcontratación refiere a la habilitación para contratar y, en segundo lugar, porque la misma incide en los criterios de valoración, mientras en el supuesto presente la adjudicación es de criterio único o criterio precio. La Resolución del Tribunal Central recae sobre el procedimiento que tiene por objeto la “Vigilancia y seguridad de los edificios de los servicios centrales del Instituto Social de la Marina y de la Dirección Provincial del ISM de Madrid, del establecimiento sanitario dependiente de la dirección provincial del ISM de Madrid y de las direcciones provinciales del ISM en Alicante, Sevilla, Ceuta y Melilla (6 lotes), Expte. 60/2017/PA/1007”, y lo que se pretende subcontratar por la adjudicataria con una empresa era el “servicio de mantenimiento preventivo y correctivo de los escáneres ubicados en las instalaciones a vigilar”, presentando un precontrato a tal fin. Subcontratación que, además, requiere una habilitación específica de la empresa subcontratada para realizar esa actividad, y que se presenta por la adjudicataria.

Lo que se pretende en el presente caso es contratar a dos personas físicas designadas nominalmente, aunque trabajan para empresas igualmente reseñadas, en su condición de autónomos en una relación meramente mercantil. Propiamente no hay subcontratación, sino recurso a medios externos, que autoriza el Pliego para este personal.

Pero, esencialmente, la contratación del *arqueólogo* o del *topógrafo* no forman parte de la solvencia técnica propia de la empresa, en sentido estricto, tal y como se transcribió en el antecedente segundo. El punto 5.1. B del Anexo I del PCAP admite expresamente la integración con medios externos de este personal, siempre y cuando se garantice su disponibilidad para la ejecución del contrato, como se transcribió en antecedentes.

Este personal ni siquiera se describe en el PCAP, sino en el PPT.

Estos medios externos son los que se integran en la documentación presentada en la adjudicación del contrato, aportando profesionales autónomos para

su realización, de forma similar al compromiso de adscripción de medios del artículo 64 del TRLCSP. La sustitución de este personal en fase de adjudicación ha sido admitida tanto por el Tribunal Central de Recursos Contractuales, como por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Así la Resolución Nº 263/2017 del 19 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid establece que *“debe advertirse que este Tribunal en diversas ocasiones, como en la Resolución 109/2016, de 8 de junio, ha admitido la posibilidad de subsanación incluso sustitución del equipo humano si ello no modifica la oferta, puesto que 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, cuando al exigencia constituye un requisito de adscripción de medios. 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 por sus características o intuitu personae”*.

En el mismo sentido, la Resolución Nº 133/2018, de 9 de febrero, del TACRC, en la que se expresa que: *“Así, es criterio reiterado de este Tribunal que el compromiso de adscripción de medios del artículo 64.2 del TRLCSP no puede confundirse con la solvencia técnica o profesional, pues así como ésta ha de acreditarse por todos los licitadores al tiempo de concurrir a la licitación, so pena de exclusión, los licitadores sólo están obligados a incluir en su documentación un compromiso de adscripción de medios, cuya acreditación sólo cabe exigir al licitador que, por haber presentado la oferta más ventajosa, sea propuesto como adjudicatario. Siguiendo, por todas, la Resolución 798/2015, de 11 de septiembre, cabe señalar lo siguiente: ‘Por su parte las Resoluciones números 11/2012, 174/2012, 61/2013, 189/2013, y 201/2014, entre otras, señalan que lo que dispone el artículo 64.2 no puede confundirse con la solvencia profesional o técnica contemplada en el artículo 62 del TRLCSP, pues a diferencia de éste, el artículo 64 del TRLCSP sólo exige que los licitadores presenten un compromiso de adscripción*

a la ejecución del contrato de determinados medios materiales o personales, cuya materialización sólo debe exigirse al licitador que resulte adjudicatario del contrato”.

A diferencia del personal del punto 5.1.A. 3 letras a) y b) no son necesariamente personal de plantilla.

Tampoco prohíbe el Pliego la subcontratación y no puede denominarse tal al recurso a profesionales externos (autónomos) para la ejecución de estos trabajos a tiempo parcial.

La finalidad del DEUC es facilitar la concurrencia difiriendo al momento de la adjudicación la acreditación del cumplimiento de los requisitos para contratar de conformidad con las exigencias del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Admitiendo expresamente el Pliego la subcontratación y el recurso a medios externos para los profesionales del punto 6 del PPT, que incluso se habilita expresamente en el PCAP, tal y como ha quedado consignado, no se contravienen las reglas que rigen este procedimiento si en fase de adjudicación se presenta el recurso a los medios externos de topógrafo y arqueólogo.

Por lo expuesto procede la estimación de la reclamación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE 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.- Estimar la reclamación de don R.F.C., actuando en nombre y representación de la entidad INGIOPSA Ingeniería, S.L., contra la exclusión o no toma en consideración de su oferta en el procedimiento de contratación número

43/2018 “Contrato de servicios de asistencia técnica para el proyecto de construcción del tratamiento de caudales aliviados y mejoras medioambientales en la E.D.A.R. SUR (T.M. GETAFE)”, del Canal de Isabel II, con retroacción de actuaciones al momento previo a su exclusión.

Segundo.- Levantar la suspensión acordada en fecha 20 de febrero.

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 108 LCSE.