

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

En Madrid, a 4 de mayo de 2023

VISTA la reclamación interpuesta por las representaciones legales de SACYR AGUA, S.L. y de OCIDE CONSTRUCCION S.A., que participan en compromiso de UTE, contra acuerdo la mesa permanente de contratación del Canal de Isabel II, S.A., de 30 de marzo de 2023, por el que decide su exclusión del procedimiento de licitación del contrato para los lotes del 1 al 6 del “Servicio de explotación y mantenimiento de la red de alcantarillado e instalaciones complementarias del municipio de Madrid”, expediente 43/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid con fecha 17 de octubre de 2022 y en el DOUE el día 19 del mismo mes, se convocó la licitación y se publicaron los pliegos del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación, con división en lotes.

El valor estimado del contrato es de 248.174.026,80 euros y el plazo de duración de cuatro años.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron once licitadores, entre ellos la reclamante.

Con fecha 14 de febrero de 2023, se reunió la mesa permanente de contratación para la apertura del Sobre nº 1 y la calificación de la documentación contenida en el mismo.

De la documentación presentada por la UTE la mesa observa que no se acredita los criterios de solvencia y en su sesión de 30 de marzo de 2023 acuerda su exclusión manifestando: *“UTE SACYR AGUA S.L - OCIDE CONSTRUCCION S.A.Motivo: La UTE licitadora no acredita el requisito y criterio de solvencia profesional o técnica establecido en el apartado 5.1 b) 2 del Anexo I del PCAP relativo a la experiencia en Servicios de trabajos de mantenimiento y explotación en tanques de tormenta cuyas condiciones mínimas de volumen de almacenamiento y potencia instalada indicadas en el referido apartado, toda vez que el certificado de buena ejecución aportado para acreditar los requisitos establecidos relativo al contrato “OBRAS DE DRENAJE DEL SECTOR NOROESTE DE VALENCIA.COLECTOR DE BURJASSOT”, incluye la construcción de un Tanque de tormentas, sin embargo, en la cláusula primera del contrato se establece que el objeto del mismo es la ejecución de las “OBRAS DE DRENAJE DEL COLECTOR NORESTE DE VALENCIA, COLECTOR DE BURJASSOT”, y, por tanto no acredita el requisito establecido en el PCAP donde se indica que “No se tendrán en cuenta como “servicios de trabajos de mantenimiento y explotación en tanques de tormenta” los contratos de construcción y puesta en servicio de la infraestructura, independientemente del tiempo que esta explotación haya durado”. Asimismo, no se aporta el pliego que rige el contrato. Lotes 1, 2, 3, 4, 5 y 6.*

Motivo: La UTE licitadora no acredita el requisito y criterio de solvencia profesional o técnica establecido en el apartado 5.1 b) 2 del Anexo I del PCAP relativo a la experiencia en la ejecución de servicios análogos con un contrato de al menos 3 años de duración cuyo objeto sea Inspecciones y limpiezas en redes de alcantarillado visitables, con las longitudes mínimas indicadas en el referido apartado, toda vez que en los certificados aportados para acreditar la referida experiencia no quedan claros

los Km al año realizados en Inspecciones y limpiezas en redes de alcantarillado visitables. Asimismo, tampoco se aporta el contrato, y en su caso el pliego que rigen los referidos contratos indicados en los certificados. Lotes 1, 2, 3, 4, 5 y 6”.

Tercero.- Con fecha 21 de abril de 2023 la UTE presentó reclamación contra el acuerdo de exclusión para los lotes del 1 al 6.

Cuarto.- El 28 de abril de 2023 el órgano de contratación remitió 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 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). En dicho informe se solicita la inadmisión de la reclamación por haberse presentado fuera de plazo y, subsidiariamente, su desestimación.

Quinto.- No se ha estimado necesario dar traslado de la reclamación para alegaciones, al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, 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, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, tiene carácter privado y se encuentra sujeto al 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). En consecuencia, la tramitación de la Reclamación le será de aplicación lo dispuesto en los artículos 119 y siguientes del mencionado Real

Decreto, por haberse iniciado la licitación con posterioridad a la entrada en vigor del mismo.

El artículo 121.1 del RDLCSSE 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 RDLCSSE, 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, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 48 de la LCSP, al que se remite el artículo 121 del RDLCSSE.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- La reclamación se interpone contra la exclusión de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 428.000 euros, acto recurrible de los previstos en el artículo 119.1 y 2 b) del RDLCSSE.

Cuarto.- El acuerdo de exclusión fue notificado el 30 de marzo de 2023, e interpuesta la reclamación el 21 de abril, por tanto, dentro plazo previsto en el artículo 121 del RDLCSSE.

Quinto.- Antes de entrar en el fondo del asunto resulta de interés transcribir la cláusula 5.1 b) 2 del Anexo I del PCAP, referido a la solvencia técnica. *“Servicios de trabajos de mantenimiento y explotación en tanques de tormenta cuyas condiciones mínimas de volumen de almacenamiento y potencia instalada superen las siguientes unidades mínimas.*

(...)

No se tendrán en cuenta como “servicios de trabajos de mantenimiento y explotación en tanques de tormenta” los contratos de construcción y puesta en servicio de la infraestructura, independientemente del tiempo que esta explotación haya durado.”

Experiencia en la ejecución de servicios análogos con un contrato de al menos 3 años de duración cuyo objeto sea Inspecciones y limpiezas en redes de alcantarillado visitables, con las longitudes mínimas indicadas a continuación:

Lote 1 Lote 2 Lote 3 Lote 4 Lote 5 Lote 6

40 km 40 km 40 km 40 km 40km 30 km”.

La UTE fundamenta su reclamación en la indebida exclusión del procedimiento de licitación para los lotes del 1 al 6 ya que cumple los requisitos de solvencia técnica exigidos en el PCAP.

Señala que el motivo de la exclusión que argumenta el Canal es que el certificado presentado se puede encuadrar dentro del supuesto que indica el apartado 5.1. B).4 del Anexo I del PCAP *“Características del Contrato”* (Criterios de solvencia técnica o profesional), en cuanto a que, *“(...) no se tendrán en cuenta como servicios de trabajos de mantenimiento y explotación de tanques, los trabajos de construcción y puesta en servicio de la infraestructura, independientemente del tiempo que esta explotación haya durado”.* A su juicio, este criterio se aplica indebidamente puesto que el certificado que se adjunta para el cumplimiento de la solvencia indica textualmente que se realizó: *“(...) las pruebas y puesta en servicio; y la conservación y mantenimiento durante dos años (actividad esta última independiente a la puesta en servicio)”.*

Considera que el error en la interpretación del Canal y que genera la exclusión es confundir la puesta en servicio y el mantenimiento, cuando son dos actividades completamente diferentes. La puesta en servicio incluye todas las pruebas y procedimientos para comprobar el correcto funcionamiento de los construido, mientras que el mantenimiento son aquellas actuaciones de operación y funcionamiento aparejadas a asegurar la disponibilidad de equipos e instalaciones, una vez realizada la puesta en servicio. El certificado que se adjunta no coincide con el motivo de exclusión que recoge el PCAP, ya que diferencia de manera explícita entre las pruebas de puesta en servicio y el mantenimiento que son actividades, como se ha indicado, diferentes.

El requerimiento del Canal en cuanto a la no validez de un contrato construcción, que sólo incluya la puesta en servicio, es completamente razonable puesto que ese caso no se está acreditando los trabajos de mantenimiento, solo se acredita la puesta en servicio, que como se ha expuesto anteriormente es una actividad diferente al mantenimiento. Pero no es el caso del certificado que se adjunta, ya que, no resulta aceptable excluir un certificado donde se expone de manera concreta la realización de la puesta en servicio y de manera independiente, el mantenimiento durante dos años (que es el objeto del contrato, actividad diferente de la puesta en servicio).

Respecto a lo manifestado en el acuerdo de exclusión referente a que no aporta el pliego del contrato que se acredita, manifiesta que no es un requisito para acreditar la solvencia profesional aportar el pliego, aunque sí se aportó y que la duda no manifestada por la Administración no es que no se aportara el Pliego, sino que, en su objeto no se contienen los trabajos de mantenimiento. Pero, es evidente que debe prevalecer, para acreditar la solvencia, el certificado emitido por la administración receptora que acredita la realización de los mismos, ya que pliego no recogió todas las actuaciones realizadas en el contrato.

Respecto a su exclusión por no acreditar los trabajos de inspección y limpieza, señala que el certificado aportado cumple de manera literal la exigencia del PCAP, ya

que el contrato es de una duración superior a 3 años (la duración es de 25 años), la red visitable donde se ha realizado inspecciones y limpiezas es de 48 km, superior a los 40 km exigidos, no tratándose de trabajos periódicos.

El PCAP indica, subsidiariamente, para los contratos en los que se acredite la limpieza de unos mismos tramos, esto es, trabajos sobre unos mismos tramos, quizás para englobar tramos menores a 40km, pero repetitivos o periódicos, se debe aportar una cifra mínima de limpieza de esos mismos tramos en km/año. Pero el certificado aportado no corresponde a este tipo de contrato subsidiario, ya que el criterio de solvencia principal se refiere a la ejecución de servicios análogos en redes de alcantarillado visitables, de un mínimo de 3 años de duración y con una longitud de 40 km.

Respecto a lo indicado en el acuerdo de exclusión de que no se adjuntó el Pliego que rige el contrato, alega que esta afirmación no es correcta, puesto que el contrato está adjuntado con la documentación inicial de la oferta presentada. Además, se ha tenido conocimiento que el Pliego del contrato también ha sido remitido por parte de EMMASA a Canal de Isabel II.

Por su parte, el órgano de contratación alega respecto al primer motivo que debe tenerse en cuenta que la documentación aportada por la UTE licitadora se refiere a un contrato de construcción, no siendo válido por tanto según las especificaciones del PCAP. Así lo establece expresamente el apartado 5.1.B).2. del Anexo I del PCAP: *“No se tendrán en cuenta como “servicios de trabajos de mantenimiento y explotación en tanques de tormenta” los contratos de construcción y puesta en servicio de la infraestructura, independientemente del tiempo que esta explotación haya durado”.*

La UTE licitadora no ha presentado el pliego correspondiente al referido contrato de construcción (ni entre la documentación inicial presentada en el sobre 1 de su oferta, ni en la documentación de subsanación presentada tras el requerimiento de Canal de Isabel II), tal y como se solicita en el apartado 5.2.B).2. del Anexo I del

PCAP, relativo a los medios de acreditación del cumplimiento de los requisitos de solvencia establecidos en el apartado 5.1.B).2. del Anexo I del PCAP.

Tampoco ha aportado la UTE licitadora contrato o adenda al mismo que soporte las afirmaciones realizadas en el escrito de reclamación: que en el marco del contrato de obras presentado se realizaron trabajos de *“conservación y mantenimiento durante dos años”*.

La documentación presentada por la UTE licitadora en relación con la acreditación del referido requisito de solvencia es únicamente el contrato correspondiente a las “OBRAS DE DRENAJE DEL SECTOR NOROESTE DE VALENCIA. COLECTOR DE BURJASSOT”, en cuya cláusula PRIMERA indica sin lugar a dudas que se trata de un contrato de obras.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en el contrato de obras presentado en el procedimiento por la UTE licitadora se especifica un plazo de duración de las obras de 18 meses, más un plazo de garantía de 2 años. Sin embargo, la reclamante aporta en su escrito de reclamación una parte del certificado del ingeniero de Caminos, Canales, y Puertos don A.R.M. en el que se indica que el contrato “OBRAS DE DRENAJE DEL SECTOR NOROESTE DE VALENCIA. COLECTOR DE BURJASSOT” comenzó en octubre de 2006 y finalizó en julio de 2012 (5 años y 10 meses), cuando en la cláusula cuarta del contrato de construcción presentado en la licitación figura un plazo de duración de 18 meses. Asimismo, se ha comprobado que la reclamante no ha aportado documentación complementaria que justifique la ampliación de plazo de 18 meses establecido en la cláusula cuarta del contrato a 5 años y 10 meses (octubre 2006 a julio 2012).

Sobre la exclusión por no acreditar el cumplimiento del requisito de solvencia establecido en el apartado 5.1.B).2. del Anexo I del PCAP relativo a la experiencia en la ejecución de servicios análogos con un contrato de al menos 3 años de duración cuyo objeto sea inspecciones y limpiezas en redes de alcantarillado visitables, alega que la UTE licitadora no presentó, ni entre la documentación incluida en el sobre nº 1

de su oferta ni entre la documentación de subsanación presentada posteriormente, el pliego relativo al contrato de servicios al que hace referencia el certificado presentado a fin de acreditar el cumplimiento del requisito de solvencia, tal y como se requiere en el apartado 5.2.B).2. del Anexo I del PCAP.

Para acreditar el cumplimiento del referido requisito de solvencia técnica la UTE licitadora aportó un certificado firmado por el Director Gerente (IMG) de la entidad Empresa Mixta de Santa Cruz de Tenerife (EMMASA) que indica *“que desde el inicio de la gestión de los Servicios se han realizado labores de supervisión, inspección y limpieza en 2.177 km de red, de los cuales 48 Km se han realizado en redes visitables”*. Asimismo, la reclamante presenta en subsanación, junto con el certificado, un *“documento de aclaración a los trabajos relacionados con galería visitable”* en el que indica que ha acreditado un contrato superior a 3 años de duración en inspecciones en redes de alcantarillado visitables y con una longitud de 48 km, así como que no hace limpiezas periódicas de la red de alcantarillado visitable, (la reclamante señala que las limpiezas no son periódicas toda vez que, si las limpiezas fueran periódicas, sería necesario acreditar que se han inspeccionado 40 km/año o 30km/año, en función del lote, para poder cumplir con el requisito establecido en el PCAP). A efectos de comprobar algunos aspectos sobre la documentación aportada por al UTE licitadora, Canal de Isabel II, S.A. solicitó a EMMASA el pliego relativo a los servicios objeto del certificado presentado por la reclamante. Una vez analizado el pliego facilitado por dicha entidad, los servicios técnicos de Canal de Isabel II, S.A. comprobaron que en el pliego no se incluyen redes de alcantarillado visitable, tampoco hay redes de alcantarillado visitable en la Memoria Inventario Entrega, también facilitado por dicha entidad.

Asimismo, a fin de dar respuesta a las averiguaciones realizadas por Canal de Isabel II sobre los servicios objeto del certificado, el Director Gerente de EMMASA indicó a esta empresa pública, mediante email de 24 de marzo de 2023 que *“La longitud de red visitable (>1,40 m) de alcantarillado que gestionamos en EMMASA es de 48 km. En el periodo del contrato (2006 -2022) se han limpiado estos 48 km de red visitable unas dos veces y media aproximadamente”*.

De la información facilitada por el Director Gerente de EMMASA se deriva que los 48 km de la red visitable han sido inspeccionados y limpiados 2,5 veces en el período transcurrido entre 2006 y 2022, es decir, los 48 km de red visitable se han limpiado e inspeccionado cada 6 años, lo que da como resultado $48 \text{ km} / 6 \text{ años} = 8 \text{ km/año}$, una longitud insuficiente para cumplir con el requisito de solvencia técnica establecido en el PCAP, que dependiendo del lote exige una longitud mínima de 30 o 40 km/año.

Adicionalmente, señala que debe tenerse en consideración que en los pliegos facilitados por EMMASA no figura como objeto la inspección y limpieza en redes de alcantarillado visitable.

Vistas las alegaciones de las partes, procede dilucidar si la UTE cumple los requisitos de solvencia técnica exigida en los pliegos.

Pasamos a analizar, en primer lugar, el segundo de los motivos de exclusión referido al cumplimiento del apartado 5.1.B).2. del Anexo I del PCAP relativo a la experiencia en la ejecución de servicios análogos con un contrato de al menos 3 años de duración cuyo objeto sea Inspecciones y limpiezas en redes de alcantarillado visitables.

De conformidad con lo establecido en los pliegos, para la acreditación de este requisito establece *“Para acreditar la realización de servicios análogos a los del presente Contrato ejecutados en los veinte (20) 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 certificados de buena ejecución emitidos por el cliente/destinatario de 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 que permitan acreditar el cumplimiento de las unidades mínimas requeridas en los criterios anteriores. Las unidades mínimas requeridas son las referidas en el apartado 5.1 B) 2 anterior.*

Si el certificado de buena ejecución no está redactado en castellano deberá acompañarse traducción jurada del mismo al castellano.

Además de los certificados de buena ejecución, en el supuesto de que el contrato no se haya formalizado con Canal de Isabel II, S.A., será necesario aportar el contrato, y en su caso el pliego.

Si el contrato o pliegos no están redactados en castellano deberá acompañarse traducción jurada de los mismos al castellano”.

La UTE para acreditar el cumplimiento del referido requisito de solvencia técnica aportó un certificado firmado por el Director Gerente de EMMASA. Asimismo, la reclamante presenta en subsanación, junto con el certificado, un documento de aclaración a los trabajos relacionados con galería visitable en el que indica que ha acreditado un contrato superior a 3 años de duración en inspecciones en redes de alcantarillado visitables y con una longitud de 48 km. A la vista de la documentación presentada, a efectos de comprobar algunos aspectos sobre la documentación aportada por al UTE licitadora, el Canal de manera diligente solicitó a EMMASA el pliego relativo a los servicios objeto del certificado presentado por la reclamante. Una vez analizado el pliego facilitado por dicha entidad, sus servicios técnicos comprobaron que en el pliego no se incluyen redes de alcantarillado visitable, tampoco hay redes de alcantarillado visitable.

Así mismo, deben acogerse las alegaciones realizadas por el Canal referidas a que de la información facilitada por el Director Gerente de EMMASA se deriva que los 48 km de la red visitable han sido inspeccionados y limpiados 2,5 veces en el período transcurrido entre 2006 y 2022, es decir, los 48 km de red visitable se han limpiado e inspeccionado cada 6 años, lo que da como resultado $48 \text{ km} / 6 \text{ años} = 8 \text{ km/año}$, una longitud insuficiente para cumplir con el requisito de solvencia técnica establecido en el PCAP, que dependiendo del lote exige una longitud mínima de 30 o 40 km/año.

En este momento debe traerse a colación la consolidada doctrina de que los pliegos constituyen la ley del contrato y obligan por igual al órgano de contratación y a los licitadores en la presentación de sus ofertas.

En este sentido, el artículo 139.1 de la LCSP establece *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”*.

En el caso que nos ocupa, la UTE no ha acreditado la solvencia técnica en los términos exigidos por el PACP, por lo que procede su exclusión del procedimiento de licitación.

Esta circunstancia hace innecesario entrar en el primer motivo de exclusión.

Sexto.- No procede pronunciarse sobre las medidas cautelares solicitadas por la reclamante.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar la reclamación interpuesta por las representaciones legales de SACYR AGUA, S.L. y de OCIDE CONSTRUCCION S.A., que participan en compromiso de UTE, contra acuerdo la mesa permanente de contratación del Canal de Isabel II, S.A., de 30 de marzo de 2023, por el que decide su exclusión del procedimiento de licitación del contrato para los lotes del 1 al 6 del “Servicio de explotación y mantenimiento de la red de alcantarillado e instalaciones

complementarias del municipio de Madrid”, expediente 43/2022.

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 multa prevista en el artículo 58 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.