

Reclamación nº 370/2023

Resolución nº 381/2023

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

En Madrid, a 19 de octubre de 2023

VISTA la reclamación interpuesta por Oficina Técnica de Estudios y Control de Obras, S.A. (Ofiteco), contra su exclusión del procedimiento “Suministro de material de droguería y ferretería y equipos de auscultación y de medida para las instalaciones de las áreas de explotación de presas y pozos y de gestión de Recursos Hídricos de Canal de Isabel II, S.A.,” con Número de Expediente 143/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 23 de diciembre de 2022, se publicó en el portal de licitaciones de la empresa pública Canal de Isabel II, S.A. y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid la convocatoria.

El mencionado concurso se divide en tres lotes:

- Lote n.º 1: Material de droguería y ferretería.
- Lote n.º 2: Equipos de auscultación.
- Lote n.º 3: Equipos de medida.

El recurrente presenta plica a los lotes 2 y 3.

El valor estimado asciende a 953.000,00 euros.

Segundo.- El recurrente fue propuesto adjudicatario del lote 3. Remitida la documentación administrativa es excluido por no cumplir la solvencia técnica:

“(...) el equipo evaluador revisó si la citada documentación cumplía con los requisitos de solvencia técnica establecidos en el PCAP, concluyendo que el licitador no cumple con los requisitos técnicos exigidos. En concreto, la empresa licitadora no ha acreditado contar con experiencia en la ejecución de suministros análogos en equipos de medida en pozos con rangos de hasta 400 m.c.a., toda vez que los certificados aportados corresponden al suministro de equipos de pozos en estaciones de aforo con profundidades de hasta 35 m.c.a.”.

Tercero.- Interesa transcribir del PCAP los criterios de selección de la solvencia técnica:

“5.1 Requisitos y criterios de solvencia económica y financiera, y técnica o profesional A) Condiciones mínimas de solvencia profesional o técnica.

1. Experiencia en la ejecución de suministros análogos: los licitadores deberán haber realizado suministros análogos a los del presente Contrato (“Lote n.º 1: suministro de material de droguería y ferretería. Lote n.º 2: suministro de equipos de auscultación. Lote n.º 3: suministro de equipos de medida”) ejecutados en los cinco (5) 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).

B) Requisitos y criterios de solvencia económica y técnica o profesional que el licitador podrá integrar en la forma prevista en el artículo 56.3 del RD-LCSE, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5.2.B) siguiente.

1. Requisito y criterio de solvencia económica y financiera: Los licitadores deberán acreditar en el mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de

presentación de las ofertas un volumen anual de negocios en el ámbito objeto del contrato ("suministro de materiales y equipos") por importe igual o superior a:

Lote n.º 3. Equipos de medida en pozos: importe igual o superior a 30.000,00 €, IVA excluido.

2. Experiencia en la ejecución de suministros análogos: los licitadores deberán haber realizado suministros análogos a los del presente Contrato ejecutados en los cinco (5) 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), con las siguientes unidades mínimas:

Lote n.º 3. Equipos de medida en pozos: importe igual o superior a 45.000,00 €, IVA excluido".

Cuarto.- En fecha 10 de octubre, presenta reclamación en materia de contratación, donde insta se “*declare la improcedencia y nulidad de dicha exclusión, ordenando al Órgano de Contratación la retroacción del procedimiento al momento del requerimiento de la documentación previa requerida para la formalización del contrato, siguiendo su curso el procedimiento de contratación; y consecuencia natural de lo anterior, deje sin efecto la propuesta de declaración de deserto del expediente en su Lote 3”.*

Quinto.- El 17 de octubre 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 da la razón al recurrente, concluyendo que “*por parte de la Mesa Permanente de Contratación se procederá a admitir la documentación acreditativa de la solvencia técnica y profesional de la empresa OFICINA TÉCNICA DE ESTUDIOS Y CONTROL DE OBRAS, S.A., y una vez verificada que cumple con todos los requisitos exigidos en la cláusula 13 del PCAP y que ha presentado la garantía definitiva de la cláusula 15 del PCAP, procederá a solicitar al órgano de contratación la adjudicación del Lote*

3 en el procedimiento de licitación 143/2022 para el “SUMINISTRO DE MATERIAL DE DROGUERÍA Y FERRETERÍA Y EQUIPOS DE AUSCULTACIÓN Y DE MEDIDA PARA LAS INSTALACIONES DE LAS ÁREAS DE EXPLOTACIÓN DE PRESAS Y POZOS Y DE GESTIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS DE CANAL DE ISABEL II, S.A.”, a la empresa OFICINA TÉCNICA DE ESTUDIOS Y CONTROL DE OBRAS, S.A.

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

Asimismo se acredita la representación del firmante del Recurso.

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

Cuarto.- El acuerdo de exclusión fue publicado el 19 de septiembre de 2023 e interpuesta la reclamación el 10 octubre , por tanto, dentro plazo previsto en el artículo 121 del RDLCSE.

Quinto.- El motivo del Recurso es que en los Pliegos “*no existe mención alguna a los rangos de profundidad para los equipos de medida en pozos*”, decayendo la causa de exclusión.

Informa el órgano de contratación allanándose a la pretensión:

“La empresa reclamante en su escrito de alegaciones considera, en resumen, que, en los requisitos de solvencia técnica que se incluyen en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares que rigen esta licitación, no existe mención alguna a los rangos de profundidad para los equipos de medida en pozos, siendo una información que sí aparece reflejada en el apartado “2.2.3 Lote nº 3: Equipos de medida” del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT); consecuencia de todo ello, el rango de profundidad para los equipos de medida en pozos no forma parte de la solvencia realmente exigida en el PCAP. Por este motivo, considera que la empresa ha sido indebidamente excluida del procedimiento de licitación.”

Con relación al escrito de alegaciones presentado por la reclamante debemos acudir a los pliegos que rigen la presente licitación a los efectos de verificar si la empresa ha sido correctamente excluida por el órgano de contratación: (...)

Efectivamente en el PCAP no se recoge mención expresa a las características de las sondas de medición de nivel con sensor piezorresistivo o a las características de las zonas de medición de nivel con sensor cerámico de los equipos de medida como requisito de solvencia técnica o profesional, que sí se encuentran recogidos en el apartado b) del punto 2. 2.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas dedicado a los “Equipos de medida”.

Con relación a situaciones similares se ha manifestado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, por todas, en la Resolución nº 577/2021, de 30 de diciembre, al disponer que (la negrita y subrayado es nuestra):

“Este Tribunal ha tenido ocasión de manifestarse sobre la prelación o preferencia de un pliego sobre otro, valga por todas la más reciente Resolución sobre este tema número 73/2021, de 11 de febrero donde se considera: “Vistas las alegaciones de las partes y el contenido de los Pliegos, procede traer a colación el artículo el artículo 122.2 de la LCSP, que establece “2. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato”. Por su parte, el artículo 124 de la misma norma establece que “El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones”.

Por tanto, no existe ninguna duda de que la solvencia de los licitadores debe regularse en el PCAP. En caso de existencia de discrepancias, debe acudirse al criterio de la especialización. En este sentido nos manifestábamos en nuestra Resolución 77/2015: *“Cualquier discrepancia entre ambos pliegos ha de ser resuelta mediante la prevalencia no de uno sobre otro, pues no existe una relación jerárquica entre ambos, sino en base al principio de especialidad, en función de lo que corresponde regular a cada uno de ellos. La preceptiva separación de su contenido y la prohibición de que el PPT regule lo reservado al PCAP determina la prevalencia de este sobre aquél en los supuestos de disparidad en el contenido de las materias reservadas al PCAP o prohibidas al PPT. Este último debe limitarse a regular las cuestiones técnicas y en caso de diferencia entre ambos, por aplicación del principio de especialidad, ha de prevalecer, como en este caso el mismo pliego señala el PCAP.*

De lo anterior, se colige que la solvencia técnica y profesional exigida es la contenida en el PCAP, que, en lo que a nosotros nos interesa en este momento, se limita a solicitar la certificación en el ENS en nivel medio.

Analizada la documentación aportada por la adjudicataria, se comprueba que cumplen los requisitos de solvencia técnica y profesional en el requisito que nos ocupa”.

“Este criterio se ha visto avalado por la Sentencia del Tribunal Supremo 2029/2021 de 19 de mayo que considera que la discrepancia entre ambos pliegos ha de ser resuelta mediante la prevalencia no de uno sobre otro, pues no existe una relación jerárquica entre ambos sino en base al principio de especialidad en función de lo que corresponde regular a cada uno de ellos”.

En el presente asunto, la empresa reclamante en el momento de acreditar su solvencia técnica y profesional presentó certificados de buena ejecución y relaciones valoradas que acreditan el importe suministrado de las siguientes unidades de equipos de medida en pozos:

- Medidor piezorresistivo de nivel hidrostático 0-10 m, 24 V, salida 4-20 y MODBUS RTU, con compensación de temperatura y protección de sobretensiones integrada.
- Sensor de nivel de radar hasta 35 m de rango.

Ambas unidades se engloban dentro del concepto de “*equipos de medida*” exigidos en el apartado 5.2.1 del Anexo I del PCAP que rige el procedimiento de licitación 143/2022 para el “suministro de material de droguería y ferretería y equipos de auscultación y de medida para las instalaciones de las áreas de explotación de presas y pozos y de gestión de recursos hídricos de Canal de Isabel II, S.A.”.

Por tanto, ha quedado correctamente acreditada por la empresa reclamante la solvencia técnica y profesional exigida en el PCAP”.

En su virtud, afirma que “*por parte de la Mesa Permanente de Contratación se procederá a admitir la documentación acreditativa de la solvencia técnica y profesional de la empresa OFICINA TÉCNICA DE ESTUDIOS Y CONTROL DE OBRAS, S.A. (OFITECO)*”.

Sexto.- Como manifestara este Tribunal en su Resolución nº 45/2015 de 11 de marzo de 2015 y más recientemente la Resolución nº 28/2021, de 21 de enero: “*El TRLCSP no admite como forma de terminación el allanamiento del demandado. El artículo 46 del TRLCSP (actual 57.2 LCSP) establece que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimarán las pretensiones formuladas o declarará la inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado*” En el proceso judicial en materia contencioso administrativa, el reconocimiento de las pretensiones del recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso salvo que ello suponga “*infracción manifiesta del ordenamiento jurídico*” (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa). Esta disposición relativa al proceso judicial contencioso administrativo no es de aplicación directa al recurso especial en materia de contratación que tiene naturaleza administrativa, no obstante, a efectos de aplicación de los principios reguladores de la contratación pública debe tenerse en cuenta como criterio interpretativo. Ello obliga a este Tribunal a conocer el fondo de la cuestión, lo que en el caso supone remitirse a las fundadas consideraciones del órgano de contratación que ponen de manifiesto la prevalencia del pliego de Cláusulas administrativas particulares sobre el de prescripciones técnicas en caso de

contradicción en los requisitos de solvencia, con cita de doctrina de este propio Tribunal y jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por lo expuesto, no contemplando el PCAP los rangos de profundidad de los equipos requeridos por la Mesa de contratación, procede la estimación del Recurso.

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.- Estimar la reclamación interpuesta por Oficina Técnica de Estudios y Control de Obras, S.A. (Ofiteco) contra su exclusión del procedimiento “Suministro de material de droguería y ferretería y equipos de auscultación y de medida para las instalaciones de las áreas de explotación de presas y pozos y de gestión de recursos hídricos de Canal de Isabel II, S.A.,” con Número de Expediente 143/2022.

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.