

Recurso nº 453/2021
Resolución nº 459/2021

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

En Madrid, a 30 de septiembre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Gesman, Ingeniería de Gestión, S.L. (en adelante GESMAN) contra los pliegos que rigen el contrato de servicios de “Auditoría de Calidad de las infraestructuras generales de los Hospitales del Henares, Infanta Cristina, Infanta Leonor, Infanta Sofía, del Sureste, del Tajo y Puerta de Hierro de Majadahonda” del Servicio Madrileño de Salud de la Comunidad de Madrid, número de expediente PA SER-12/2021 (A/SER-018744/202) este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 17 de agosto de 2021 en el BOCM y el 3 de septiembre de 2021 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes

El valor estimado de contrato asciende a 290.357 euros y su plazo de duración será de 21 meses.

Segundo.- El 20 de septiembre de 2021 se interpone recurso especial en materia de contratación formulado la representación de GESMAN contra los pliegos al considerar que establece un requisito de habilitación empresarial o profesional a las empresas para la realización del contrato que no es exigible legalmente.

Tercero.- El 28 de septiembre de 2021 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 (LCSP). Solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 23 de septiembre de 2021, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados 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.- De conformidad con lo establecido en 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador “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” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos fueron publicados el 3 de septiembre de 2021, e interpuesto el recurso el 20 de septiembre de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- A los efectos de la resolución del presente recurso interesa destacar lo siguiente de los pliegos:

“Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares.

Cláusula 1

1.- *Definición del objeto del contrato* *El objeto del servicio es la ejecución de auditorías que comprenden un trabajo de revisión y control del estado de la totalidad de las infraestructuras generales de los hospitales indicados.*

Código CPV: 71310000-4 Servicios de consultoría en ingeniería y construcción

6.- Habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato. Procede: [SÍ]

Las empresas que se presenten a la licitación deberán estar incluidas en el Registro General de Entidades de Control de Calidad de la Edificación, en los siguientes campos de actividad:

- a) Estado de conservación de los edificios.
- b) Cumplimiento CTE.
- c) Ev. Prestaciones vida útil.

En caso contrario, deberá estar acreditadas para las actividades antes indicadas por un organismo de acreditación equivalente, si está radicado en otro estado miembro de la Unión Europea.”

En el pliego de prescripciones técnicas el objeto del contrato se define como:

Con carácter general, la finalidad de la auditoría es evaluar en profundidad el estado general y conservación de infraestructuras generales incluidas dentro del servicio de mantenimiento integral y conservación de viales y jardines en los hospitales del Henares, Infanta Cristina, Infanta Leonor, Infanta Sofía, del Sureste, del Tajo y Puerta de Hierro Majadahonda, a través de la evaluación de:

Calidad Documental: estado documental relativo a presentación de informes y exigencias requeridas según la documentación contractual y la normativa vigente.

Calidad Técnica: grado de cumplimiento exigido en las especificaciones de la Normativa aplicable a la infraestructura, del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPTE) y Oferta de la Sociedad Concesionaria, siempre dando predilección a los pliegos emitidos por la administración (ej. PPTE).

Calidad Observada: estado de la infraestructura y valoración de la misma.

En relación al alcance de las infraestructuras incluidas en esta auditoría se corresponderá al definido en el PPTE de cada hospital citando entre ellas : Envolvente (fachadas, cubiertas, escaleras de evacuación, defensas y barandillas, vidrios

exteriores, saneamiento, accesos, cualquier otro elemento auxiliar relacionado con los elementos mencionados) Exteriores (viales, arquetas y sumideros vallado perimetral, señalética) interiores (estructura general) revestimientos (techos, suelos, pavimentos, vidrios interiores, defensas y barandillas) .etc.

En cuanto al fondo del recurso alega la recurrente que la habilitación profesional o empresarial no es un requisito de solvencia sino que es un requisito de aptitud o de capacidad del empresarial.

En este sentido considera que la exigencia de esa condición legal de aptitud se extiende a todas las actividades cuyo ejercicio está habilitada a algún tipo de habilitación profesional o administrativa (abogacía, arquitectura, ingenierías, medicina).

Por lo que respecta a la presente licitación la capacidad del empresario para la ejecución de los trabajos que se licitan no está sujeta a su inclusión en el Registro General de Entidades de Control de Calidad de Edificación y por ello considera que los pliegos no pueden exigir como requisito de habilitación profesional, un requisito que no se exige legalmente para la ejecución de los trabajos licitados y por tanto se está extralimitando y con ello vulnerando el principio de libre concurrencia que ha de regir la licitación pública.

A estos efectos cita la Ley 39/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación y el Real Decreto 410/2010 de 31 de marzo por el que se desarrollan los requisitos exigibles a las entidades de control de calidad de las edificación y los laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación para el ejercicio de su actividad y considera que la Ley de Ordenación de la Edificación no es aplicable en la licitación que nos ocupa. En esta línea añade que la elaboración de auditorías son sobre contratos de mantenimiento cuyos trabajos no requerirán, al menos en su mayor parte, de proyecto alguno y no se englobarán en el concepto de edificación definido por la Ley de Ordenación de la Edificación.

Añade el recurrente que aún en el hipotético caso que se entendiera de aplicación la LOE, la misma no exige la previa inscripción en el Registro sino que es suficiente la presentación de una declaración responsable.

Cita al respecto otros procedimientos de licitación para los que no se exige encontrarse inscrito en el citado Registro.

Relacionado con lo anterior, en los pliegos se exige que el equipo que va a prestar los servicios tenga una experiencia en la empresa oferente o empresas acreditadas con publicación en el Registro General de Entidades de Control de Calidad de la Edificación (o por cualquier otro organismo nacional de acreditación si está radicado en otro estado miembro de la Unión Europea), por lo que en consonancia con lo expuesto, manifiesta el recurrente, sería suficiente acreditar la antigüedad con cualquier entidad con competencia y habilitación para los trabajos licitados.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que tal y como se indica en la LCSP en su artículo 90.1:

"1. En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios. Deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:

(...)

d) Cuando se trate de servicios o trabajos complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin especial, un control efectuado por el órgano de contratación o, en nombre de este, por un organismo oficial u homologado competente del Estado en que esté establecido el empresario, siempre que medie acuerdo de dicho organismo. El control versará sobre la capacidad técnica del

empresario y, si fuese necesario, sobre los medios de estudio y de investigación de que disponga y sobre las medidas de control de la calidad.

Los criterios de habilidad empresarial en los que se han basado este pliego se han centrado en la necesidad de disponer un adjudicatario que acredite capacidad técnica y medidas de control de la calidad específicas para poder desarrollar el objeto de contrato.

La exigencia de disponer de habilitación como empresa de entidad de control de calidad de la edificación, obliga al adjudicatario a presentar declaración responsable y cumplir las condiciones especificadas en el RD 410/2010 del 31 de marzo, con capacidad técnica para prestar asistencia técnica en campos esenciales relacionados con este servicio, disponiendo de instrumental y equipos específicos, o incluso ensayos como laboratorio (si fuese necesario) al disponer recursos y acreditación para ello.

Dichas referencias están alineadas con las incluidas en el RD 410/2010 del 31 de marzo, ANEXO I el apartado A, donde se incluyen los campos de actuación de las entidades de control de calidad de la edificación

“A. Campos de actuación

1. El contenido de los campos de actuación incluirá, entre otros, los aspectos de la calidad de la edificación siguientes:

- a. estudios de terreno y del estado de conservación de los edificios;*
- b. verificación del cumplimiento del CTE y demás normativa aplicable, en edificios de nueva construcción o en la rehabilitación de los mismos;*
- c. evaluación de las prestaciones del edificio a lo largo de su vida útil para verificar el cumplimiento de cada una de las exigencias básicas de la edificación del CTE y demás normativa aplicable; de supervisión de la certificación de la eficiencia energética de los edificios; e. evaluación de las prestaciones de sostenibilidad, funcionales y espaciales de los edificios.*

2. Las entidades establecerán el alcance de su prestación técnica en las fases de proyecto, de la ejecución de las obras y de la vida útil del edificio en las que interviene.”

Se subrayan los campos de actuación incluidos en el RD 410/2010 del 31 de marzo ANEXO I y atribuidos como campos de actuación a las entidades de control de la edificación, y que guardan relación directa con el objeto del contrato.

REFERENCIAS AL PCAP Y PPT:

Según se indica en el Capítulo I, cláusula 1, apartado 1 del PCAP:

“El objeto del servicio es la ejecución de auditorías que comprenden un trabajo de revisión y control del estado de la totalidad de las infraestructuras generales de los hospitales indicados”.

Además del apartado 2º del PPT:

“Con carácter general, la finalidad de la auditoría es evaluar en profundidad EL ESTADO GENERAL Y CONSERVACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS GENERALES incluidas dentro del servicio de MANTENIMIENTO INTEGRAL y CONSERVACIÓN DE VIALES Y JARDINES en los hospitales del Henares, Infanta Cristina, Infanta Leonor, Infanta Sofía, del Sureste, del Tajo y Puerta de Hierro Majadahonda, a través de la evaluación de:

Calidad Documental: estado documental relativo a presentación de informes y exigencias requeridas según la documentación contractual y la normativa vigente.

Calidad Técnica: grado de cumplimiento exigido en las especificaciones de la Normativa aplicable a la infraestructura, del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPTE) y Oferta de la Sociedad Concesionaria, siempre dando predilección a los pliegos emitidos por la administración (ej. PPTE).

Calidad Observada: estado de la infraestructura y valoración de la misma
(...)

Como consecuencia de lo indicado, será necesario que el adjudicatario de este servicio verifique el estado técnico de la infraestructura conforme a la vida útil del inmueble (hospital) y el correcto estado de conservación del mismo, teniendo en consideración las directrices indicadas en el Código Técnico de la Edificación (CTE) relativas al uso y conservación del edificio y los distintos trabajos de reforma o rehabilitación que hayan podido ser realizadas a lo largo de la vida del inmueble”

Así se ha exigido según se indica en el Capítulo I, cláusula 1, apartado 6 del PCAP:

"Habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato.

Procede: [Sí]

Las empresas que se presenten a la licitación deberán estar incluidas en el Registro General de Entidades de Control de Calidad de la Edificación, en los siguientes campos de actividad:

- a) Estado de conservación de los edificios.
- b) Cumplimiento CTE.
- c) Ev. Prestaciones vida útil.

En caso contrario, deberá estar acreditadas para las actividades antes indicadas por un organismo de acreditación equivalente, si está radicado en otro estado miembro de la Unión Europea.”

Se entiende que la consecución de un adecuado nivel de calidad en los servicios prestados, sólo pueden alcanzarse si estos se realizan por una empresa especializada adaptada a las necesidades específicas antes indicadas. La habilitación profesional indicada en este PCAP hace referencia específica a las cualidades que han de disponer los licitadores para garantizar la calidad del servicio a prestar.

Se entiende, por tanto, que una entidad de control de calidad de la edificación es el organismo más garantista para la obtención de un nivel de calidad aceptable en la prestación de los servicios exigidos y objeto del contrato.

Es de especial relevancia indicar la necesidad de que el resultado presentado por el futuro adjudicatario deba asegurar la calidad del servicio prestado, dado que una conclusión errónea o la no observación de defectos de relevancia pueden tener riesgos hacia el correcto estado de las infraestructuras y sus elementos (ej. Posibles defectos en la estructura del inmueble, fisuras que puedan afectar a la estabilidad, asientos diferenciales, estado de aislamientos de ignifugado contra incendios de la estructura, elementos con corrosión,...) con el riesgo que ello pudiese conllevar para los usuarios del inmueble. En este sentido, las empresas incluidas dentro del registro general de calidad de la edificación son la única referencia identificada y acreditada que permita cierto nivel de garantía en cuanto a los resultados obtenidos.”

Por lo que se refiere a la limitación de la concurrencia alegada por el recurrente el órgano de contratación adjunta una publicación emitida por el Ministerio de Fomento con la relación de empresas inscritas en el Registro y acreditadas para realizar los servicios indicados, dónde se aprecia que el listado es extenso y añade que en el desarrollo de la actual licitación se han presentado cuatro empresas.

A la vista de lo anterior considera el SERMAS que el órgano administrativo goza de discrecionalidad técnica para elegir los criterios que mejor se adapten a las necesidades a satisfacer y no cabe el reemplazo que pretende el recurrente, pues únicamente desea sustituir el criterio de la Administración por el suyo.

Por lo que se refiere a la solvencia técnica manifiesta que la administración goza de facultad discrecional pudiendo optar entre varias soluciones todas ellas justas.

Vistas las alegaciones de las partes se constata que las prestaciones que son objeto del presente contrato guarda similitudes con los campos de actuación de las entidades de control de calidad de la edificación incluidas en el Real Decreto 410/2010, tal y como señala el órgano de contratación.

Por otro lado, revisado el listado del Ministerio de Fomento se observa que existe un gran número de empresas que están inscritas en el Registro General de Entidades de Control de Calidad de la Edificación, en el que se recoge el campo de actividad para el que están inscritas.

Al respecto llama la atención que en el propio listado se indica “*Entidades que han presentado declaración responsable según Real Decreto 410/2010*”, “*Entidades que han presentado declaración responsable según otra legislación (anterior al RD 410/2010)*”.

El Real Decreto 410/2010, de 31 de marzo, por el que se desarrollan los requisitos exigibles a las entidades de control de calidad de la edificación y a los laboratorios de ensayos para el control de la calidad de la edificación, para el ejercicio de su actividad, establece en su preámbulo *“Para proporcionar la máxima transparencia de las actuaciones de las entidades de control de calidad de la edificación y de los laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación entre los agentes de la edificación que puedan requerir sus servicios, se modifica el artículo 4 de la Parte I del Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, para permitir la inscripción en el Registro General del Código Técnico de la Edificación de las entidades de control de calidad de la edificación y de los laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación que cumplan los requisitos del presente real decreto.”*

Al respecto el artículo 4 del Código Técnico de la Edificación aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, indica que se inscribirán los modelos de las declaraciones responsables de las entidades y laboratorios para el control de calidad de la edificación.

Por otro lado, en relación con la comparativa que realiza el recurrente con otros pliegos donde no se exige esta habilitación empresarial, indicar que no guardan similitud pues de acuerdo a la nomenclatura CPV se refieren a servicios de consultoría de gestión o servicios de reparación u mantenimiento mientras que la actual licitación versa sobre servicios de consultoría en ingeniería y construcción, no pudiendo considerarse que son meros servicios de mantenimiento como alega la recurrente, no se debe olvidar que la auditoría se realiza sobre las infraestructuras de los hospitales.

En definitiva, visto el contenido de los pliegos y las prestaciones objeto del presente contrato, así como la normativa aplicable, este Tribunal considera razonable la exigencia de que las empresas estén inscritas en el Registro General de Entidades de Control de Calidad de la Edificación no considerando que limite la concurrencia.

Por todo ello, se desestiman las pretensiones del recurrente.

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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Gesman, Ingeniería de Gestión, S.L. contra los pliegos que rigen el contrato de servicios de “Auditoría de Calidad de las infraestructuras generales de los Hospitales del Henares, Infanta Cristina, Infanta Leonor, Infanta Sofía, del Sureste, del Tajo y Puerta de Hierro de Majadahonda” del Servicio Madrileño de Salud de la Comunidad de Madrid, número de expediente PA SER-12/2021 (A/SER-018744/202).

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento de licitación acordada por este Tribunal el 23 de septiembre de 2021.

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 59 de la LCSP.