



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

En Madrid, a 22 de junio de 2011.

VISTO el escrito presentado por Don J.V.S. en nombre y representación de la Empresa Contratas y Obras Empresa Constructora, S.A., en relación con los expedientes de contratación 50-CO-20.3/10 y 50-CO-21.4/10, de “Ejecución de 72 viviendas VVPA y garaje en las Parcelas R4-T y R5-T del Plan Parcial de Reforma Interior de UVA de Hortaleza y de Ejecución de 72 viviendas VVPA y garaje en las Parcelas R3-T y R6-T del Plan Parcial de Reforma Interior de UVA de Hortaleza”, contra la exclusión de su oferta por la Mesa de contratación por considerar que no acreditaba la solvencia técnica, este Tribunal adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante resolución del Director Gerente del Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA) de 16 de diciembre de 2010, se ordena la publicación de la convocatoria mediante concurso por procedimiento abierto, para la “Ejecución de 72 viviendas VVPA y garaje en las Parcelas R4-T y R5-T del Plan Parcial de Reforma



Comunidad de Madrid

Interior de UVA de Hortaleza y de la convocatoria para Ejecución de 72 viviendas VVPA y garaje en las Parcelas R3-T y R6-T del Plan Parcial de Reforma Interior de UVA de Hortaleza”.

La fecha del envío al Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) fue el día 23 de diciembre de 2010 y las convocatorias fueron publicadas el 4 día de enero de 2011 en el BOCM, en el BOE y en Perfil de contratante.

Segundo.- La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), del Real Decreto/817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP y del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

El IVIMA tramitó simultáneamente por razones de economía procesal ambos expedientes de contratación mediante concurso por procedimiento abierto, con un único criterio y presupuesto de licitación, por importe de 6.825.599,76 €, cada contrato. En esta línea, dado que el contenido de ambos pliegos es idéntico por claridad expositiva en adelante nos referiremos “al pliego” y a los distintos apartados del mismo en singular.

Debe destacarse que el pliego de cláusulas administrativas en su cláusula 5 referida a la capacidad para contratar y los criterios de selección dispone que la acreditación de la solvencia económica y financiera y profesional o técnica será sustituida por la clasificación cuando con arreglo a la LCSP sea exigible.

Por su parte en la cláusula 10 “Forma y contenido de las proposiciones” apartado 5: “Solvencia económica financiera y técnica”, se establece: *“Para obras de presupuesto igual o superior a 350.000 euros, IVA excluido, los licitadores deberán presentar Certificación acreditativa en original o copia compulsada o autenticada, de poseer la clasificación exigida en apartado 7 del anexo I.*



Señalando asimismo que *“para las obras de presupuesto inferior a 350.000 €, IVA excluido, los licitadores deberán acreditar su solvencia económica, financiera y técnica en los términos y por los medios que se especifiquen en el anuncio de licitación y que se relacionan en apartado 7 del anexo I”*.

Acudiendo al anexo I, tal y como señala la cláusula antes indicada, en el apartado 7 del mismo, se dispone que las empresas españolas y extranjeras no comunitarias deberán presentar la correspondiente clasificación así como acreditar que están en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica en la forma establecida en el punto 7.2 remitiendo este en cuanto a la acreditación de la solvencia técnica a los medios que recoge el artículo 65 de la LCSP.

El día 7 de febrero de 2011, se reunió la Mesa de contratación para proceder a la calificación de la documentación presentada por los empresarios interesados en ambas licitaciones comunicándoseles con fecha 9 de febrero la concesión de un plazo para subsanación de los defectos u omisiones observados en la documentación.

En concreto a la recurrente se le requiere para que aporte un certificado de buena ejecución de una obra importante, de al menos 72 viviendas, ejecutada en el curso de los cinco últimos años, aportándose por la empresa dos certificados de ejecución de obras para 141 viviendas en Barcelona, uno para la fase de acabados e instalaciones y otro para la fase de la estructura del edificio.

La Mesa de contratación se reúne nuevamente el día 16 de febrero de 2011, para proceder en acto público a la apertura de proposiciones en la que se da cuenta de las empresas que han sido excluidas por no subsanar la documentación requerida, entre las que se encuentra la Empresa Contratas y Obras Empresa Constructora, S.A., por considerar que no acredita la solvencia técnica *“por no*



Comunidad de Madrid

acreditar la ejecución de una obra importante, solo acredita vpo” y se le concede plazo de dos días para formular por escrito alegaciones en contra de dicha exclusión.

Tercero.- El 18 de febrero de 2011 tuvieron entrada, en el Registro del IVIMA dos escritos de alegaciones en idénticos términos en relación con los acuerdos de la Mesa de contratación de 16 de febrero de 2011, por los que se rechazaba a la empresa en ambos procedimientos por considerar que no acreditaba la solvencia técnica.

El órgano de contratación califica tales escritos como recursos especiales en materia de Contratación en virtud de lo dispuesto en el artículo 310 de la LCSP, y 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (En adelante LRJ-PAC).

Se aduce en tales escritos, tras la realización de un relato fáctico de las circunstancias concurrentes, que con la remisión de los antes indicados certificados se da cumplimiento a lo establecido en el pliego ya que *“los dos certificados aportados que corresponden a la ejecución del proyecto completo de 141 viviendas, locales, aparcamientos situados en el Passeig de Calvell en la ciudad de Barcelona, completan conjuntamente la ejecución del proyecto completo de construcción de las citadas 141 vivienda, siendo que las dos certificaciones aportadas y firmadas por el arquitecto Don L.C.V, correspondientes una a la fase de estructura de esas viviendas y, la otra certificación, a la fase de acabados e instalaciones de dichas viviendas, debe entenderse sin lugar a dudas que se está acreditando la construcción de un proyecto único de viviendas y por tanto cumpliendo los requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones Administrativas”.*

Además para confirmar lo anterior aporta certificado firmado por el arquitecto que emitió los dos certificados anteriores, en el que hace constar que la empresa



Comunidad de Madrid

Contratas y Obras Empresa Constructora, S.A. fue la contratista de las obras y que el importe de las obras que comprende el proyecto completo ascendió a 12.741.430,93 €, que se corresponde con la suma del importe reseñado en las dos anteriores certificaciones parciales.

Dichas alegaciones fueron objeto de informe por la Subdirección General de Proyectos y Obras del IVIMA con fecha 24 de febrero de 2011, no admitiendo las alegaciones efectuadas al considerar que existen dudas razonables sobre si los dos certificados corresponden a la misma y completa obra.

Cuarto.- Los escritos de alegaciones calificados como recurso especial, se remiten al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 17 de mayo de 2011, junto con una copia del expediente de contratación, recibido en el Tribunal el día 18 de mayo.

En su informe preceptivo, el órgano de contratación comunica al Tribunal que, al calificar el escrito de alegaciones como recurso especial, se dio traslado a los licitadores concediéndoles trámite de audiencia. Aunque en otras ocasiones este Tribunal ha asumido el trámite de audiencia concedido por los órganos de contratación, aun siendo incompetentes para ello por razones de economía procedimental, si se comprueba que no se produce indefensión con ello, en este caso no consta el envío y recepción del escrito concediendo dicho trámite a varios de los licitadores, por lo que el Tribunal, con el objeto de evitar lesionar el derecho de los interesados a ser oídos en el procedimiento, procedió a conceder tal trámite de nuevo, sin que en el plazo concedido se hayan formulado alegaciones.

El Tribunal requirió al órgano de contratación para que completase la documentación que fue recibida los días 30 de mayo y el 9 de junio de 2011.

En la documentación aportada, completando la remitida inicialmente, se incluye un certificado expedido por el Registro de Licitadores de la Comunidad de



Comunidad de Madrid

Madrid con fecha de vigencia hasta 12 de noviembre de 2012 que acredita la capacidad, representación y solvencia de la empresa recurrente y en el que se transcribe el Certificado de clasificación expedido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado expedido el 19 de diciembre de 2008.

Quinto.- Por último se ha requerido información al órgano de contratación relativa a la situación en que se encontraba la tramitación del expediente en el momento de ser remitido al Tribunal y datos de avalistas, comunicándose por el mismo que los contratos fueron formalizados el día 12 de mayo de 2011.

Sexto.- Los escrito de alegaciones en relación con los dos expedientes de contratación, calificados por el órgano de contratación como recurso especial en materia de contratación, versan sobre el mismo objeto al interponerse contra la exclusión acordada por resolución de la Mesa de contratación dictada en la misma fecha, por considerar que la empresa no acreditaba la solvencia técnica en los dos casos.

El Tribunal de acuerdo con lo previsto en el artículo 73 de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento Administrativo Común, acordó con esta misma fecha, la acumulación de ambos recursos dada la identidad sustancial que guardan ambos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la Empresa Contratas y Obras Empresa Constructora, S.A. y su representación por Don J.V.S. para interponer recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 312 LCSP.

También queda acreditado, que el recurso se interpuso contra un acto de



Comunidad de Madrid

trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de obras sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 310.2.b) de la LCSP, cuando establece que *“Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de los licitadores”*.

La falta de anuncio previo de interposición del recurso al órgano de contratación, se entiende subsanada por la presentación de los escritos de alegaciones ante el órgano de contratación, ya que este los ha calificado como recursos especiales, lo que, a juicio de este Tribunal, y de acuerdo con el principio de eficacia procedimental implica la comunicación previa exigida.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, tal y como previene el artículo 312 de la LCSP.

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 314.2 b) de la LCSP, pues el acuerdo impugnado fue adoptado por la Mesa de contratación el 16 de febrero de 2011, del que tuvo conocimiento la parte recurrente en el acto público de apertura de proposiciones en dicha fecha, y los escritos de alegaciones se presentaron el día 18 de dicho mes, esto es, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la primera fecha.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la LCSP, y del artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y de Racionalización del Sector Público corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.



Comunidad de Madrid

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, debemos con carácter previo, centrar la cuestión objeto del presente recurso, a la luz del principio de congruencia que rige los pronunciamientos de este Tribunal, ex artículo 317.2 de la LCSP. En este caso se trata de dilucidar si el acuerdo de la Mesa de contratación de 16 de febrero de 2011 por el que se excluye a la recurrente de la licitación, es acorde a Derecho.

No obstante lo anterior, debe señalarse con carácter previo tal y como indicábamos en el relato fáctico de la presente resolución que, si el pliego de cláusulas administrativas, en su cláusula 10, parece establecer la exigencia de acreditación de la solvencia económica financiera y técnica de forma alternativa, mediante clasificación para obras de presupuesto igual o superior a 350.000 euros, IVA excluido o mediante los criterios del anexo, lo cierto es que en el apartado 7 del anexo I: *“Solvencia económica, financiera y técnica”* se exige tal acreditación mediante ambos sistemas de forma acumulativa al indicar que *“para obras de presupuesto igual o superior a 350.000 € deberán presentar la correspondiente clasificación, así como acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica, financiera y profesional o técnica del apartado 7.2 del presente anexo”*.

Consecuentemente el pliego exige en el apartado 7.1, la clasificación en el Grupo C, Subgrupo 2, Categoría f) y además en el apartado 7.2 denominado: *“Forma de acreditación de la solvencia y criterios de selección dispone : “Apartado Artículo 64 de la LCSP y descripción”*

- a) *Declaraciones apropiadas de entidades financieras o en su caso justificante de existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales”*.

En cuanto a la solvencia técnica o profesional dice: *“Apartado Artículo 65 de LCSP y descripción”*

- b) *Relación de obras ejecutadas en el curso de los cinco últimos años, avalada por certificados de buena ejecución para las más importantes.*



Comunidad de Madrid

Criterios de selección: deberá aportar declaración de obras realizadas en los últimos cinco años avalada por certificados de buena ejecución para las más importantes (con un mínimo de tres obras importantes, dos de ellas de vivienda protegida).

Seguidamente establece los datos que deben constar en dichos certificados como fechas, lugar de ejecución si se llevaron a buen término, entre otros.

Ninguna objeción se hace en el recurso a la legalidad de la exigencia conjunta y acumulativa de ambos sistemas de acreditación de la solvencia para contratar, sin embargo resulta claro, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 de la LCSP, que ambos sistemas están previstos con carácter alternativo, *“Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano o de contratación. Este requisito será sustituido por la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley”*.

No deja lugar a dudas en relación con el carácter alternativo de los medios para acreditar la capacidad de las empresas, la redacción del artículo 43 de la LCSP, al utilizar la conjunción disyuntiva “o”. *“Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica, financiera, y técnica o profesional, o en los que casos en que así lo exija esta Ley se encuentren debidamente clasificados”*.

A su vez, el artículo 54.1 de la LCSP determina que para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de obras de importe igual o superior a 350.000 €, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado. De manera que el carácter alternativo de los medios de acreditación de la capacidad de las licitadoras, anteriormente apuntado, cede en el



Comunidad de Madrid

supuesto de contratos por el importe indicado en que se exige que el empresario esté debidamente clasificado.

Por todo lo anterior podría concluirse que la exigencia de forma acumulativa de requisitos de solvencia y clasificación a los licitadores en el PCAP, de estos contratos es contraria a lo establecido en la LCSP. Ahora bien dado que el contenido de los pliegos no es el objeto del presente recurso sino que el mismo está constituido por la exclusión del recurrente, debe tenerse en cuenta únicamente tal reproche en el seno del presente recurso, sin perjuicio de lo anteriormente señalado.

Octavo.- En cuanto a la exclusión de la recurrente, se funda en la insuficiencia de los certificados presentados por la misma. En concreto la recurrente aporta cuatro certificados de obras:

- Certificado firmado por dos arquitectos relativos a las obras completas de 141 viviendas y 141 plazas de garaje con protección oficial en Sabadell por importe de 4.373.366, 91 €.
- Certificado firmado por arquitecto, relativos a las obras completas de 137 viviendas de las cuales 82 lo eran en régimen de protección oficial, por importe de 15.216.013,98 € en Vilanova i la Geltrú.
- Certificado firmado por arquitecto y por representantes de las empresas titulares de las obras, relativo a la ejecución de la 3ª fase de ejecución de cerramientos, exteriores divisorias, impermeabilización, aislamientos, acabados interiores, carpinterías, montaje de ascensores, instalaciones en general, mobiliario interior y urbanización exterior, de 141 viviendas en Barcelona. En concreto se definen las obras por las calles en que se sitúan: Entre el Passeig del Cavell, calle del ferrocarril, la calle del Perelló, y la calle de Vidal y Valenciano. Ahora bien en este caso las calles mencionadas en el encabezamiento del certificado, no coinciden con el cuerpo del mismo que hace referencia a obras en la calle Bilbao.
- Certificado firmado por arquitecto y por representantes de las empresas



Comunidad de Madrid

titulares de las obras, relativo a la ejecución de la estructura de un edificio definido por su ubicación en las mismas calles, y con la misma referencia en el cuerpo del certificado a una calle que no es la misma que consta en el encabezado del mismo.

Son estos dos últimos certificados los que no se consideran válidos por la Mesa de contratación.

Los términos concretos del requerimiento efectuado a la recurrente no hacen referencia alguna al aparente error en los certificados entre el cuerpo del escrito y su encabezamiento, sino que se limitan a indicar que *“en virtud de lo establecido en el punto 7.2.B) del PCAP que rige el presente contrato deberá aportar: Certificado de buena ejecución de una obra importante al menos 72 viviendas ejecutada en el curso de los cinco últimos años”*. No consta que solicitase alguna aclaración respecto de la subsanación que consistió en la remisión de los mismos certificados con el mismo aparente error.

Por su parte el informe de la Subdirección General de Proyectos y Obras fundamenta su propuesta de insuficiencia de los certificados presentados, al considerar que no se trata de una obra completa, en la circunstancia de que, en el certificado número 3 a diferencia del número 4 no se ubican las obras en la calle Bilbao, lo que podría implicar que se trata de una obra no totalmente ejecutada por la recurrente. Sin embargo tal referencia a la calle Bilbao, aparece en ambos certificados, que se refieren exactamente a la misma ubicación, con el mismo aparente error entre el encabezamiento y el cuerpo del escrito.

En relación con esta última cuestión debe señalarse que en el certificado presentado junto con las alegaciones/recurso, firmado en esta ocasión únicamente por el arquitecto director de las obras, ya no se hace referencia alguna a la calle Bilbao, manteniéndose esta vez la ubicación del encabezamiento.



Comunidad de Madrid

Debe por tanto determinarse qué incidencia puede tener la diferencia de ubicación de las obras consignada en tales certificados, dado que mientras en el encabezamiento se señala que se trata de 141 viviendas, en el cuerpo del escrito del certificado donde se consigna como ubicación la calle Bilbao, no se indica, como exige el pliego, el número de viviendas ejecutadas sino tan solo la superficie del inmueble que se cifra en 17.000 m², de tal forma que si se atiende a esta ubicación y no a la del encabezamiento, el certificado no sería suficiente para acreditar la solvencia de la empresa.

Considera este Tribunal que el último certificado presentado por la recurrente junto con sus alegaciones firmado solo por el arquitecto director de las obras, tiene la virtualidad de aclarar el error padecido en cuanto a la ubicación de las obras, puesto que no hace referencia a las presuntamente realizadas en la calle Bilbao. Además cabe indicar que si bien al órgano de contratación le es dado solicitar aclaraciones respecto de los documentos que se presentan en el expediente de contratación, no consta que en este caso se haya realizado solicitud alguna de aclaración como hubiera sido pertinente, de considerar que tal divergencia constituía un obstáculo para tener por acreditada la realización de las obras.

Sentado que la divergencia en la ubicación no es causa para no tener por acreditados los extremos exigidos en el expediente, debe analizarse el contenido concreto de los certificados controvertidos para determinar si los mismos comprenden una obra completa o no y por ende si con ellos resulta acreditada la solvencia exigida por el pliego en el recurrente, esto es, si de la suma del contenido de ambos certificados resulta una obra completa o no.

Como venimos diciendo son dos los certificados en el primero emitido por el Director de la obras de fecha 20 de julio de 2009, con la firma de las entidades titulares de las obras, se acredita la ejecución de la fase de estructura de fabrica u hormigón y en el certificado de 8 de junio de 2010, igualmente suscrito por dichas entidades, se acredita la realización de actuaciones correspondientes a una tercera



Comunidad de Madrid

fase relativa a la ejecución de cerramientos exteriores, divisorias, impermeabilización, aislamientos, acabados interiores etc.

A primera vista se desprende de ello la existencia de tres fases en el proyecto de construcción de las obras (ya que al hacerse referencia a una tercera fase, debería haber otras dos previas), de la que solo se acredita la ejecución por la empresa de dos de ellas, lo que permite interpretar que resta por acreditar la ejecución de una fase por la empresa que podría corresponder a la de movimientos de tierra, vaciado y cimentación.

Otra cuestión que este Tribunal considera digna de examen es que el certificado aportado junto con el recurso afirma que el importe total de las obras dirigidas por el arquitecto firmante, ascendió a 12.741.430,93 €, que se corresponde con la suma del importe reseñado en las dos anteriores certificaciones parciales, lo que no acredita que en dicho importe estuvieran comprendidas y ejecutadas por la empresa otras obras que las que se acreditaban en los certificados anteriores, otra explicación llevaría a plantearse la verosimilitud del contenido de aquel.

Por último debe señalarse respecto del tan meritado certificado que el hecho de que el mismo esté firmado tan solo por el arquitecto, y no por las entidades titulares de las obras como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe 28/1998, de 11 de noviembre, carece de relevancia a efectos de su validez, si se tiene en cuenta primero que no se aporta en el momento procedimental oportuno para ello, y segundo que el mismo tiende a aclarar el contenido de los anteriores, pero sin añadir nada más.

Se considera por todo lo anterior que no ha resultado acreditado el volumen de obras exigido como requisito de solvencia por el órgano de contratación, mediante los certificados aportados por la recurrente.



Comunidad de Madrid

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 311. 2 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por Don J.V.S. en representación de la Empresa Contratas y Obras Empresa Constructora, S.A., contra la Resolución de 16 de febrero de 2011, de la Mesa de contratación del IVIMA por la que se la excluye de los procedimientos de contratación 50-CO-20.3/10 y 50-CO-21.4/10, de “Ejecución de 72 viviendas VVPA y garaje en las Parcelas R4-T y R5-T del Plan Parcial de Reforma Interior de UVA de Hortaleza y de Ejecución de 72 viviendas VVPA y garaje en las Parcelas R3-T y R6-T del Plan Parcial de Reforma Interior de UVA de Hortaleza”.

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

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 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 319 LCSP.