

Reclamación nº 459/2019

Resolución nº 372/2019

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

En Madrid, a 10 de septiembre de 2019.

VISTA la reclamación interpuesta por don J.M.M., en nombre y representación de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la licitación del contrato “Obras de Renovación de tuberías la red de abastecimiento de CANAL ISABEL II S.A”, número de Expediente 102/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 5 y 25 de julio de 2019, se publicó respectivamente en el DOUE, el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid y el BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato mencionado, dividido en 10 lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios y un valor estimado de 509.838.497,77 euros.

Interesa destacar en relación con el objeto de la reclamación que el apartado 5 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP, establece lo siguiente:

“5.1 Requisitos y criterios selección cualitativa económica y financiera, y técnica o profesional

Los requisitos de selección cualitativa referidos en los puntos 1, 2 y 3 del presente apartado, dada su naturaleza, no podrán ser descompuestos a efectos de ser acreditados, esto es, deberán ser cumplidos por un solo operador económico, ya sea por el propio licitador, ya sea por un miembro de la UTE o ya sea por un tercero con el que integre su solvencia el licitador”.

Los requisitos y criterios de selección cualitativa económica y financiera son los siguientes:

“1. 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 determinado”, en función del lote al que se licite.

“2. Experiencia en la ejecución de obras análogas: Los licitadores deberán haber realizado obras análogas a las del presente Contrato finalizadas en los quince {15} últimos años anteriores a la fecha de publicación del PCAP en el perfil de contratante de Canal de Isabel II, S.A.”, especificándose según el lote al que se licite.

“3. Equipo de gestión: Para garantizar y asegurar la correcta ejecución del Contrato y poder cumplir de forma efectiva tanto con los niveles de calidad exigidos como con el plazo establecido, el presente requisito relativo a la composición del Equipo de gestión, constituido por los 6 perfiles que se detallan a continuación, no puede tampoco ser descompuesto a efectos de ser acreditado, debiendo ser cumplido por un solo operador económico, ya sea por el propio licitador, ya sea por un miembro de la UTE o ya sea por un tercero con el que integre su solvencia por los siguientes motivos:

- Debe tenerse en cuenta que cada operador económico tiene su propia metodología y sistema de gestión y calidad propios. En este sentido, se considera*

necesario que el Equipo de Gestión constituido por los 6 perfiles que se exponen a continuación esté perfectamente integrados en un único sistema de gestión y calidad.

- *En este sentido, la necesidad de cumplir los plazos e hitos parciales sujetos a las penalizaciones establecidas en el presente PCAP, obligan a tener desde el mismo momento de inicio del contrato, implantada la metodología y sistema de gestión y calidad.*

- *Los 2 técnicos de prevención deben estar perfectamente coordinados e integrados con los otros 4 miembros del equipo en un mismo sistema de calidad y gestión en orden a asegurar una mayor garantía en el cumplimiento seguridad y salud de las preceptivas medidas de seguridad y salud durante el desarrollo de las obras.*

Por las razones anteriormente referidas los 6 perfiles, de los 29 como máximo que constituyen los equipos de ejecución de las prestaciones objeto de los contratos, deben provenir de un mismo operador económico, ya sea por el propio licitador, ya sea por un miembro de la UTE o ya sea por un tercero con el que integre su solvencia”.

Segundo.- El 26 de julio de 2019, tuvo entrada en este Tribunal, la reclamación formulada contra el PCAP por la representación de la CNC.

En la reclamación se solicita la anulación de los párrafos del apartado 5.1 del Anexo 1 del PCAP *“en cuanto a la exigencia de los requisitos de selección cualitativa no podrán ser descompuestos a efectos de ser acreditados, esto es, deberán ser cumplidos por un solo operador económico, ya sea por el propio licitador, ya sea por un miembro de la UTE o ya sea por un tercero con el que integre su solvencia el licitador”* ya que considera que vulneran la normativa de contratación y restringen la competencia.

La reclamación fue remitida por el Tribunal a Canal de Isabel II, S.A. el mismo día requiriéndole para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 105.2 de la LCSE, remitiera el expediente de contratación acompañado del correspondiente informe, lo que verificó el día 1 de agosto de 2019. En el informe se argumenta que el

PCAP no restringe la integración de la solvencia por terceros dadas las características del contrato, por las razones que se analizarán al resolver sobre el fondo

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 46.1 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público 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 las reclamaciones.

Segundo.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de una asociación representativa de empresas del sector, *“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.

Asimismo se acredita la representación del firmante de la reclamación.

Cuarto.- La reclamación se plantea en tiempo, pues la convocatoria del contrato se anunció en el DOUE el 5 de julio de 2019, habiéndose puesto los Pliegos a disposición de los interesados en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el 26 de enero, por lo que interpuesta el día 26 de julio, se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 104.2 de la LCSE.

Quinto.- El objeto de la reclamación es el Pliego de Cláusulas Administrativas correspondiente a un contrato de obras, relacionado con las actividades del artículo 7 de la LCSE, sujeto a la misma al superar los umbrales establecidos en su artículo 16.b).

Sexto.- En cuanto al fondo, la reclamante aduce que la exigencia de que los requisitos

de solvencia sean cumplidos íntegramente por una única empresa, vulnera las normas establecidas en la LCSE y en concreto los principios de concurrencia y de no discriminación.

Expone la reclamante que *el PCAP no permite que pueda ser acreditada la solvencia económica y financiera y/o técnica y profesional de cualquier licitador mediante la integración de la solvencia con medios externos, si, o bien el propio licitador, o bien el tercero al que acude el licitador para integrar su solvencia, no pueden acreditar que cumplen por si solos, uno de ellos, los requisitos de solvencia económica y financiera y/o técnica y profesional que el PCAP exige en la cláusula 5.1 de su Anexo I, en sus páginas 71 a 79, con relación al volumen anual de negocios (solvencia económica y financiera), o/y a la experiencia en la ejecución de obras análogas (solvencia técnica y profesional), o/y al equipo de gestión (solvencia técnica y profesional) (..) se vulnera lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 31/2007, al establecer que “cuando los criterios y normas de clasificación a que se refiere el artículo 24 incluyan requisitos relativos a la capacidad económica y financiera y/o a las capacidades técnicas y profesionales del operador económico, éste podrá, si lo desea, basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente del carácter jurídico de los vínculos que tenga con ellas”, simplemente determina que “en tal caso, deberá demostrar ante la entidad contratante que dispondrá de los medios requeridos para la ejecución de los contratos durante la totalidad del período de validez del sistema de clasificación”, lo cual se realiza con un compromiso de adscripción de medios, pero, en ningún modo, restringe la posibilidad de que se acumulen las solvencias de licitador y del tercero al que se acude para integrar la solvencia. Lo mismo acontece con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 31/2007, que igualmente se quebranta, donde se regulan los “criterios de selección cualitativa” (requisitos de solvencia o “requisitos de selección cualitativa” en palabras del PCAP impugnado).”*

Igualmente expone que *“Cuando el artículo 40.3, primer párrafo, de la Ley 31/2007, prescribe que un licitador puede acreditar el cumplimiento de los requisitos*

para licitar relativos a la capacidad económica, financiera, técnica y profesional del operador económico, mediante las capacidades de un tercero, solamente determina que puede basarse en las capacidades de este tercero, pero no que obligatoriamente y solamente deba acreditarse la existencia de los requisitos para licitar relativos a la capacidad económica, financiera, técnica y profesional del operador económico mediante los del tercero. Lo contrario supondría una vulneración de los principios de libre concurrencia, libre acceso a las licitaciones y de no restricción artificial de la competencia”. Cita en apoyo de su criterio diversas resoluciones del TACRC.

Canal de Isabel II en su informe argumenta que “La única particularidad que establece el PCAP -en línea con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es que únicamente 3 requisitos de solvencia indicados en el apartado 5.1 del Anexo 1 al PCAP -aunque pueden lógicamente ser integrados con terceros de conformidad con la doctrina referida- no pueden ser descompuestos, para no desnaturalizarse, por lo que deben ser acreditados por un solo operador económico, bien sea el licitador, un miembro de la UTE licitadora o un tercero con el que el licitador integre su solvencia.

Debe tenerse en cuenta que, como se expondrá en el presente informe, si estos requisitos de solvencia se extienden y se estiran de forma que se permita que puedan ser acreditados por la suma de los elementos aportados por distintos operadores dichos requisitos se desnaturalizarían y perderían por entero su razón de ser (...)En este sentido se cita la Resolución 164/2017, de 26 de mayo de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.”

En concreto se alega que las particularidades de la obra motivan la exigencia y además “el hecho de que, si se permitiese descomponer el presente requisito con distintas empresas, éstas no dispondrían de unos sistemas de gestión y de control de calidad propios suficientemente desarrollados que sólo se pueden obtener mediante la mejora continua derivada de la experiencia adquirida”.

Debe recordarse que los requisitos de solvencia se refieren a la capacidad de

las empresas para ejecutar un determinado contrato.

En ese sentido el artículo 74 de la LCSP, aplicable supletoriamente en este caso, establece:

“1. 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 de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.

2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo”.

El artículo 75 por su parte, regula de forma pormenorizada la integración de la solvencia con medios externos: *“1. Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar.*

En las mismas condiciones, los empresarios que concurran agrupados en las uniones temporales a que se refiere el artículo 69, podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal.

No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el artículo 90.1.e), o a la experiencia profesional pertinente, las empresas únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades”.

En consecuencia la regla general es la posibilidad de integrar la solvencia con

medios de terceros. Debe señalarse además que integrar no supone descomponer si no completar por lo que la empresa licitadora, ya sea individual o una UTE, debe poseer algún grado de la solvencia exigida lo que le permitirá completar los requisitos con las capacidades de un tercero, si se cumplen las condiciones del artículo 48.

Esto es evidente y no plantea dudas en la capacidad económico-financiera exigida en este caso: un volumen anual de negocio. Si una empresa no alcanza el mínimo exigido puede completarlo con el de los demás miembros de la UT o los de una empresa tercera de la que obtenga el correspondiente compromiso.

No se ve la necesidad de exigir que toda la solvencia la tenga una sola empresa puesto que la integración no pone en riesgo el contrato y sí permite un mayor concurrencia, que es en definitiva el objetivo que persigue el artículo 74 LCSP.

En consecuencia, respecto de la solvencia económica no resulta motivada la redacción del PCAP que impide la integración.

En cuanto al segundo requisito de solvencia, experiencia en obras análogas el Pliego contempla lo siguiente:

Lotes 1 al 4:

“Ejecución de al menos 25 Km de renovación de red con tubería de fundición dúctil y/o Instalación de tubería de fundición dúctil para redes hidráulicas de abastecimiento y diámetros comprendidos entre 80 y menores de 250 mm.

Ejecución de al menos 10 Km de renovación de red con tubería de fundición dúctil y/o Instalación de tubería de fundición dúctil para redes hidráulicas de abastecimiento y diámetros comprendidos entre 250 y menores de 500 mm.

Ejecución de al menos 5 Km de renovación de red con tubería de fundición dúctil y/o Instalación de tubería de fundición dúctil para redes hidráulicas de abastecimiento y diámetros mayores o iguales a 500 mm.

Ejecución de al menos 10 obras con al menos 2.000 m (en cada una de las

obras) de renovación de red con tubería de fundición dúctil para redes hidráulicas de abastecimiento de cualquier diámetro. Lo previsto en este apartado puede cumplirse con lo establecido en los apartados anteriores.

Ejecución de al menos 2.000 acometidas de polietileno con unión por electrofusión para redes hidráulicas de abastecimiento. En la ejecución de las 2.000 acometidas requeridas como mínimo mencionadas anteriormente deberán acreditar la realización de un mínimo de 5 obras de al menos 80 acometidas instaladas en cada una de esas 5 obras”.

Evidentemente la integración de la solvencia en este supuesto ha de referirse a los distintos apartados, número de km o de acometidas o de obras y aunque podría admitirse en caso de licitar en UTE que se hubiera exigido justificadamente que al menos uno de los miembros posea toda la experiencia exigida, caso contemplado en de la Resolución 164/2017 de este Tribunal, no parece justificado en este supuesto la limitación a la integración ni se deduce su conveniencia de las razones expuestas en el informe.

Por otro lado, permitir que una empresa tercera tuviese todas la experiencia y ninguna los verdaderos licitadores, no resulta conforme al artículo 74 y 75 de la LCSP. Se trata de integrar requisitos mínimos no de suplantar al licitador que carece de capacidad mediante una empresa tercera interpuesta que sí tendría la capacidad necesaria pero que no ha concurrido al procedimiento y por tanto no va a ejecutar el contrato.

Por todo ello tampoco procede la limitación establecida en el PCAP en cuanto a la experiencia.

Finalmente respecto al equipo de gestión requerido, consistente en seis perfiles profesionales con determinada experiencia, resultan insuficientes las razones recogidas en el informe.

El que cada operador tenga su sistema de gestión y calidad no impide que participe con otras empresas en obras complejas. Tampoco tiene que influir en el cumplimiento de los plazos que el personal técnico pertenezca a dos o más empresas que, presentándose en compromiso de UTE, han de coordinar necesariamente su trabajo y repartirse las tareas. Por otro lado, es lo habitual en grandes obras.

A mayor abundamiento no debemos olvidar que en las obras de importe superior a 500.000 euros la clasificación en los grupos, subgrupos y categorías correspondientes, es obligatoria y surte efectos para acreditar la solvencia. La acumulación de las clasificaciones viene establecida en el artículo 25 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por todo a lo anterior la reclamación debe ser estimada, anulando el apartado 5 del Anexo del PCAP en cuanto exige que los requisitos de solvencia los posea íntegramente una empresa, miembro de una UTE o tercera.

La anulación del apartado implica la del Pliego y la licitación que deberá reiniciarse modificando el Pliego en el sentido expuesto y procediendo a su publicación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en 101 de la LCSE 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 don J.M.M., en nombre y representación de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la licitación del contrato “Obras de Renovación de tuberías la red de abastecimiento de CANAL ISABEL II S.A”, número de Expediente 102/2018, anulando el apartado 5 del Anexo I

del PCAP y la licitación que deberá reiniciarse sin persisten las necesidades mediante la modificación del Pliego y una nueva publicación.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de las reclamaciones por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

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 108.1 de LCSE.