

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

En Madrid, a 11 de septiembre de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don M.F.L., en nombre y representación de Cotolma Obras y Construcciones S.L., contra la adjudicación efectuada por el órgano de contratación de la Empresa Municipal de la Vivienda de Alcalá de Henares el 9 de julio de 2013, en el expediente del “Contrato de obras de 88 viviendas con protección pública de precio básico, garajes, trasteros y locales comerciales (etapa I) en la parcela RC1 sector 115-A Espartales Norte” de Alcalá de Henares, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Empresa Municipal de la Vivienda de Alcalá de Henares tiene la consideración de poder adjudicador, que no tiene carácter de Administración Pública, estando sujeta en la adjudicación de los contratos a lo dispuesto en los artículos 189 a 191 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP), en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en el Real

Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) fueron aprobados por Acuerdo del Consejo de Administración de 25 de junio de 2012 y se convocó licitación para la adjudicación del referido contrato, con un valor estimado 6.850.000 €, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios.

El anuncio de licitación fue publicado en el DOUE de 11 de julio de 2012 y a la licitación concurren 26 empresas.

Segundo.- Con fecha 25 de julio de 2013, se ha recibido en este Tribunal escrito de Don M.F.L., en nombre y representación de la empresa Citolma Obras y Construcciones S.L., interponiendo recurso especial contra el Acuerdo del órgano de contratación de 9 de Julio de 2013 que adjudicó el contrato citado en la cantidad de 5.826.062 €, por entender que el citado acuerdo es contrario a derecho.

Tercero.- La Cláusula 8 del PCAP dispone: *“Cualquier consulta o aclaración sobre la documentación o sobre el propio Pliego habrá de dirigirse a la Empresa Municipal de Vivienda de Alcalá de Henares, antes de la presentación de ofertas (...), así como que “la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de este pliego y del de prescripciones técnicas que rigen el presente contrato, sin salvedad alguna”.*

La Cláusula 11 *“Efectos de la propuesta de adjudicación. Renuncia o desistimiento”*, disponía: *“La propuesta de adjudicación de la mesa de contratación no crea derecho alguno en favor del empresario propuesto, que no los adquirirá, respecto a la Empresa Municipal de la Vivienda, mientras no se haya formalizado el contrato. Será condición previa e indispensable para la adjudicación definitiva y la formalización del contrato que la entidad bancaria o de crédito que financie la*

promoción autorice expresamente al contratista propuesto por la mesa de contratación”.

La Cláusula 13, sobre adjudicación del contrato dispone

“(…) El licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa deberá acreditar, a requerimiento del órgano de contratación, hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, a cuyo efecto se le otorgará un plazo de diez días hábiles.

(…)

En dicho plazo se presentará igualmente el certificado de la entidad bancaria o de crédito que acredite su aceptación del contratista”.

En el expediente constan, entre otros documentos relativos a los antecedentes de la contratación de las obras los siguientes: Escritura Pública de 31 de enero de 2012, de adquisición por la EMVA de la parcela RC-1 resultante de la parcelación del Sector 115-A, Espartales Norte para uso residencial de vivienda colectiva, Escritura Pública número 459, de 31 de enero de 2012, de concesión de préstamo con garantía hipotecara otorgada por Bankia a favor de la EMVA y la concesión de licencia de obras por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares, el 31 de agosto de 2012, a la EMVA para construcción de viviendas de protección oficial en la parcela RC-1, del Sector 115-A.

Igualmente consta escrito de la Directora de la EMVA, de 23 de mayo de 2013, dirigido a Bankia y relativo a la adjudicación de las obras de la Parcela RC1, Fase I Espartales Norte de 88 viviendas de Protección Pública en el que dice que *“(…) en aplicación de la Cláusula 11, párrafo 2º del Pliego de Condiciones que rige dicha adjudicación, la Empresa Municipal de la Vivienda solicita de la entidad Bankia como financiadora de esta Promoción, la autorización expresa respecto de empresas constructoras que por la puntuación obtenida por sus ofertas han quedado en primero y segundo lugar”.*

En el expediente aparece la respuesta a esta solicitud, mediante un escrito de 5 de junio de Bankia, en el que manifiesta sobre las empresas que *“revisada la documentación pública y de carácter económico y financiera aportada por las mismas referente a ratios económicos, financieros, de liquidez y solvencia y teniendo en cuenta las peculiaridades propias de la promoción, por nuestra parte no nos parece adecuada actualmente la constructora que figura con mayor puntuación en la baremación no teniendo ningún inconveniente en autorizar expresamente a la segunda.”*

Cuarto.- En el expediente consta un informe de comparación de ofertas en el que se relacionan las 24 licitadoras que resultaron admitidas y la valoración otorgada a cada una de ellas en los criterios de adjudicación, así como la valoración total de todas las empresas en la que aparece en primer lugar Citolma Obras y Construcciones S.L. y en segundo lugar Aldesa Construcciones S.A.

En el apartado 5 del informe se reproduce el párrafo 2 de la Cláusula 11 del PCAP que dispone que será *“condición previa e indispensable para la adjudicación y la formalización del contrato que la entidad bancaria o de crédito que financie la promoción autorice expresamente al contratista propuesto por la mesa de contratación”* y se añade: *“En este sentido la EMVA solicitó a Bankia entidad que financia esta actuación y en cumplimiento de la cláusula 11, párrafo 2º, la autorización expresa del licitador que ha obtenido la mayor puntuación del concurso, no prestando la misma, y autorizando al licitador que ha obtenido la segunda mejor puntuación”*.

En consecuencia con lo anterior en el apartado 6 relaciona a las cinco empresas mejor clasificadas apareciendo en primer lugar Aldesa Construcciones SA.

Consta igualmente un certificado del Secretario del Consejo de Administración, de 26 de julio, relativo al acuerdo adoptado por el Consejo, el 25 de

junio de 2013, en el que hace constar que en esa sesión se aprobó el informe de baremación y, como prevé el artículo 27 de los Estatutos, delegó la adjudicación de las obras en una Comisión compuesta por tres Consejeros.

La adjudicación se efectuó el día 9 de julio de 2013 a favor de Aldesa Construcciones y Obras S.A., por la Comisión constituida al efecto, en virtud de la delegación del Consejo según el acuerdo de 25 de junio de 2013.

Quinto.- El recurrente alega haber solicitado por escrito copia del Acta de la Mesa de Contratación de la propuesta de adjudicación, hasta 3 veces, sin obtener copia de la misma, y considera que ésta no existe. Que únicamente existe un Informe previo sin fecha ni firma, sin que conste por quién ni cuándo ha sido elaborado, que en principio parece ser que es del que se vale el órgano de contratación para formalizar su propuesta definitiva.

Que se entendía como un requisito determinante más, de los reseñados en la Cláusula 13, *“que la empresa propuesta por la Mesa de contratación, tal y como previene la Cláusula 10 in fine, Cláusula 11” y Cláusula 12”, habría de tener la conformidad de la entidad bancaria o de crédito que financiara la promoción. Que este certificado debía ser aportado por el licitador”*. Afirma que se ha producido un vicio procedimental al ser la EMV quien requiere a la entidad financiera.

Asimismo formula alegaciones a la contestación de Bankia según afirma, *“y a los efectos de advenir la falta de credibilidad y absoluta falta de motivación del “falso” certificado de Bankia a los efectos de poder ser tenido en cuenta por el Órgano de Adjudicación, nos hemos permitido solicitar informes de solvencia y liquidez, basados en documentación pública (tal y como dice señalar el comunicado de Bankia) de empresas de rating a nivel nacional de reconocido prestigio, como son Axesor y eInforma, de esta mercantil y de la empresa que para Bankia merece su expresa aceptación, Aldesa, que a la postre ha resultado la adjudicataria en el concurso”*.

Considera inválido el Informe que se presenta al Consejo de Administración de la EMV por ser contrario al PCAP y no estar basado en criterios de adjudicación previstos en el mismo, estar sin firmar por técnico habilitado y carecer de fecha cierta.

Solicita la anulación de la Resolución del órgano de contratación, de 9 de Julio de 2013, que acordó adjudicar el contrato a la empresa Aldesa Construcciones S.A. por entender que el citado acuerdo es contrario a derecho, instando la retroacción de actuaciones a la fecha en que la Mesa de Contratación debió formalizar propuesta de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, a los efectos de que por parte del órgano de Contratación se les requiera formalmente al efecto de aportación de todos los certificados contemplados en la Cláusula 13 del PCAP.

Aporta certificados bancarios emitidos por Caja Madrid y Bankia S.A. acreditativos de su solvencia y capacidad económica para efectuar contrataciones con la Administración, así como de Bankinter, Banco Santander y La Caixa y por Axesor y elnforma en relación a la mercantil Aldesa Construcciones S.A.

Sexto.- El órgano de contratación remitió una copia del expediente de contratación completo y el informe sobre el recurso el día 29 de julio de 2013.

En el informe previamente expone que por la grave situación de crisis financiera que se vive en el país y que afecta especialmente al sector inmobiliario, la EMVA, por su especial condición de empresa mixta constituida con un 51% de capital del Ayuntamiento de Alcalá de Henares y un 49% de capital privado, consiguió financiación para la compra del suelo y desarrollo de la promoción inmobiliaria en la parcela RC-1, mediante un préstamo con garantía hipotecaria otorgado por la entidad Bankia, S.A. *Entre las condiciones dispuestas por Bankia para conceder la financiación hipotecaria a esta promoción de viviendas con protección pública a la EMVA, estuvo la de dar su aprobación al contratista*

adjudicatario de la obra, como garantía necesaria del buen fin de la misma. Por tal motivo, en los Pliegos se incluyó la cláusula 11 que literalmente dispone: (....) Será condición previa e indispensable para la adjudicación que la entidad bancaria o de crédito que financie la promoción autorice expresamente al contratista propuesto por la mesa de contratación”.

Seguidamente, el informe relaciona los trámites realizados para la adjudicación y que, el día 6 de noviembre de 2012, la Mesa de contratación celebró el acto público, dando cuenta de las empresas que habían sido rechazadas y de la puntuación obtenida por cada licitador. Que la EMVA le comunicó a la entidad bancaria el resultado de la puntuación, en una de las múltiples reuniones mantenidas con ella para negociar la financiación, y ésta comunicó que sólo aceptaba la ejecución de la obra por la constructora con la segunda mejor puntuada, Aldesa Construcciones S.A., tal y como se desprende del certificado expedido el 5 de junio de 2013.

Añade que la Mesa de Contratación elevó su Propuesta de Adjudicación al órgano de Contratación en la reunión del Consejo de Administración de la EMVA del día 25 de Junio de 2013, a la cual adjuntó el informe técnico en el que se apoya la propuesta de adjudicación. A la certificación del Secretario del Consejo sobre el acuerdo adoptado, se adjuntaba el informe con la propuesta de Adjudicación. Según el citado informe, Citolma Obras y Construcciones S.L. obtiene una puntuación de 75,90 situándose en primer lugar, seguido por Aldesa Construcciones S.A. con una puntuación de 67,69. Sin embargo, en el punto 5 del Informe se recuerda la condición previa e indispensable para la adjudicación, establecida en la cláusula 11, párrafo 2º del PCAP, la entidad bancaria, en este caso Bankia, debe autorizar en virtud del cual, expresamente al contratista propuesto por la Mesa de contratación.

Que siendo la financiación de Bankia absolutamente indispensable para la realización de la obra, el 9 de julio de 2013, la EMVA adjudicó el contrato a Aldesa Construcciones S.A.

Concluye solicitando que se desestime íntegramente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Citolma Obras y Construcciones S.L. y se confirme el acuerdo impugnado.

Séptimo.- El Tribunal el día 29 de julio de 2013 dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Finalizado el plazo se recibieron alegaciones de la empresa Aldesa Construcciones S.A., en las que manifiesta que el Pliego no fue impugnado y por consiguiente, conforme a la normativa de contratación pública y la reiterada doctrina y jurisprudencia, es la ley del contrato y cita al efecto diversas Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Cita igualmente lo establecido en el artículo 145 del TRLCSP, en relación con las propuestas de los interesados cuya presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, y que el Pliego vincula igualmente a la Administración sin que pueda apartarse del mismo.

Alega que los motivos de impugnación no se refieren directamente a la existencia de ningún incumplimiento concreto de lo establecido en el Pliego de Condiciones, tampoco se menciona que hubiese existido falta de motivación en la notificación de la adjudicación. Considera que el examen del recurso lleva a la conclusión de que realmente lo que pretende y solicita la recurrente no es que se dé cumplimiento a lo establecido en el Pliego sino justamente lo contrario: que la Administración se aparte del cumplimiento del pliego, cuya Cláusula 11 reproduce, que contiene la exigencia de autorización de Bankia y que no ofrece ninguna duda en su interpretación, como establece el art. 1.281 del Código Civil. Considera que, en este caso, Bankia debía autorizar expresamente al contratista propuesto por la Mesa de contratación y dicha entidad no ha autorizado a la empresa con mayor puntuación (la entidad recurrente) y en cambio sí ha otorgado autorización expresa a

quien había quedado en segundo lugar. Añade que todos los licitadores corrían el mismo riesgo de no recibir autorización de la entidad financiera, por lo que en todo caso, debió recurrir el Pliego si no lo consideraba ajustado a derecho.

Sobre la conveniencia de la intervención de la entidad financiera en el procedimiento de licitación, entiende que de no contar con dicha financiación privada este procedimiento no hubiese existido, puesto que previsiblemente, en las circunstancias actuales del país, la Empresa Municipal no hubiese podido atender con recursos propios el coste financiero necesario para ello. Que no considera procedente entrar a valorar la legalidad de esa Intervención de la entidad financiera, y que la empresa recurrente no accedió a la adjudicación al no superar el segundo e imprescindible requisito establecido en los pliegos de forma clara y diáfana, requisito éste de adjudicación y no de admisión como erróneamente se sostiene en el recurso.

Finaliza manifestando que sobre los juicios de valor que se realizan en cuestiones que nada afectan a la única cuestión litigiosa (cumplimiento o no del pliego), como pueda ser la capacidad financiera de cada empresa, se aportan una serie de documentos que carecen de todo rigor contable y económico, al margen de la discutible legalidad de su aportación en este procedimiento. Y añade que: *“Sin perjuicio de ello, y a los meros efectos de reflejar la realidad de las cuentas de esta parte, adjuntan cuentas anuales e informe de auditoría de Deloitte del ejercicio 2012 y solicita que presentadas las alegaciones en tiempo y forma, se acuerde la desestimación del recurso y el levantamiento de la suspensión.”*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Citolma Obras y Construcciones S.L., para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se interpuso contra la adjudicación, de un contrato de obras sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el día 9 de julio de 2013, practicada la notificación el mismo día e interpuesto el recurso, el día 25 de julio de 2013, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la primera fecha, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Segundo.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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.

Tercero.- Sobre el fondo del recurso:

1.- En primer lugar el recurrente alega la ausencia de propuesta de adjudicación.

Sobre esta alegación en el expediente consta un informe de comparación de ofertas, de junio 2013, donde aparece la puntuación otorgada a las empresas en todos y cada uno de los criterios de adjudicación, y la valoración total, en el que se pone de manifiesto que se *“solicitó a Bankia la autorización expresa del licitador que ha obtenido la mayor puntuación del concurso, no prestando la misma”* y se propone la adjudicación a Aldesa Construcciones S.A. Este documento se encuentra sin firmar y seguidamente en el expediente aparece una copia del mismo, como anexo a un certificado, de 26 de julio de 2013 del Secretario del Consejo, en el que al margen de todas sus folios figura una firma, sin que pueda identificarse el técnico u órgano que emite este informe. En el certificado se hace constar que el informe fue

aprobado por el Consejo de Administración el día 25 de junio de 2013 y que se delegó la adjudicación a favor de una Comisión compuesta por tres Consejeros.

Se advierte por ello que la propuesta de adjudicación no consta que fuese elevada por la Mesa de contratación, a la Comisión en que se había delegado la competencia para la adjudicación y en todo caso el informe de baremación debería encontrarse suscrito por el técnico u órgano competente, como se comprueba que había sido realizado respecto del informe de baremación de los criterios de adjudicación mediante juicio de valor de octubre de 2012.

Se considera por tanto que la propuesta de adjudicación adolece de defectos de tramitación que constituyen causa de anulabilidad del artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

2.- Igualmente el recurrente alega que no se le facilitó la propuesta de adjudicación aunque fue requerida varias veces. Sobre esta alegación hay que precisar que el artículo 160.2 del TRLCSP dispone: *“La propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión”*. La Cláusula 11 del PCAP recoge esta disposición.

El órgano de contratación informa que no se ha firmado aún el acta de la reunión del Consejo de 25 de junio, que se aprobará en la siguiente reunión aún no convocada, pero que sin embargo, consta el certificado del Secretario dando fe de su celebración y de la propuesta de adjudicación de las obras y que el recurrente ha recibido el informe técnico de baremación de la Mesa que motivaba la propuesta de adjudicación y la notificación de Bankia.

Sobre este motivo del recurso se advierte que la Mesa no viene obligada a entregar de oficio el acta de su reunión por la que propone la adjudicación y se excluye a la licitadora, sino que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4 de TRLCSP debe dar la información al licitador excluido que le permita interponer el recurso de manera fundada. El citado artículo, con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, dispone en el apartado 4.a) que se expresará en forma resumida las razones por las que no se haya admitido su oferta. El artículo es de aplicación a los poderes adjudicadores que tienen carácter de Administraciones Públicas y hace referencia a la necesidad que la notificación contenga la *“información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación”*.

Esta información se considera exigible a todos los poderes adjudicadores, ya que en otro caso se daría tratamiento distinto a los adjudicatarios de contratos, según que la entidad contratante fuera Administración Pública o poder adjudicador que no tuviera tal carácter, lo que sería contrario a la finalidad perseguida por el TRLCSP.

Todo ello sin perjuicio del derecho de acceso al expediente que corresponde a los interesados de acuerdo con el artículo 35 de la LRJ-PAC.

En este caso consta que fue notificado a la empresa recurrente el motivo de su exclusión el día 9 de julio de 2013 y que el día 15 de julio, mediante correo electrónico, se remitió copia del acta de adjudicación, así como del escrito dirigido a Bankia para que manifestase su conformidad a la empresa Cotolma y del documento emitido por Bankia. El recurrente, el día 16 de julio, solicita nuevamente la remisión de la propuesta de adjudicación alegando que se les ha dado traslado de un informe sin fecha ni firma que afirma ser el informe de adjudicación. El día 26 de julio comunica su personación para vista del expediente.

A la vista de la documentación remitida al recurrente se entiende por el Tribunal que contenía suficiente información sobre los motivos de la exclusión según exige el artículo 151.4 del TRLCSP para interponer el recurso debidamente fundado como así ha hecho. Por ello no se advierte que se le haya causado indefensión por este motivo. Ello sin perjuicio de lo antes observado sobre la ausencia de identificación del autor de informe y de la ausencia de propuesta de la Mesa de contratación.

3.- El recurrente alega que se vulnera el Pliego al establecer una clasificación de las cinco primeras empresas sin haber obtenido de ninguna de estas empresas lo que sí les exige a ella sin que se les haya requerido al efecto, el certificado de Bankia.

Sobre la relación de las cinco primeras empresas no se advierte que constituya infracción del Pliego ya que en el informe únicamente se relacionan las cinco primeras empresas clasificadas sin que ello comporte el rechazo de ninguna de las empresas restantes.

4.- En cuanto a lo alegado sobre el carácter de la obligación de obtener autorización por parte de Bankia que califica como criterio de adjudicación.

Sobre ello hay que precisar que la obligación incluida en el PCAP se justifica por el órgano de contratación en las obligaciones derivadas de la financiación de las obras por Bankia con la que la EMVA tiene formalizado un préstamo con garantía hipotecaria que ha determinado tal obligación.

A estos efectos la Cláusula 11 del PCAP, establecía como condición del contrato previa e indispensable para la adjudicación, que la entidad bancaria o de crédito que financie la promoción autorice expresamente al contratista propuesto por la Mesa de contratación y en la clausula 13 sobre la acreditación del licitador propuesto como adjudicatario de hallarse al corriente en el cumplimiento de las

obligaciones tributarias y con la Seguridad Social se exigía igualmente *“que presentase el certificado de la entidad bancaria o de crédito que acredite su aceptación del contratista.”*

Sobre la motivación de esta exigencia, el artículo 109 del TRLCSP dispone que la celebración de contratos requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de esta Ley.

El artículo 22, en relación con las necesidades a satisfacer con los contratos públicos dispone que solo se celebraran contratos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de los fines institucionales. *“Y a tal efecto la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse con el contrato así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.*

El órgano de contratación en este caso ha motivado la condición impuesta, por ser necesaria para llevar a cabo la construcción de las viviendas, cumpliendo así lo previsto en el artículo 22 antes citado. Se cumple igualmente lo dispuesto en el artículo 109 al estar incluida esta condición en el PCAP que ha sido publicado y conocido previamente por los licitadores, sin que hayan sido impugnados los Pliegos que se constituyen por tanto en ley entre las partes. Este Tribunal ha señalado en diversas Resoluciones el carácter vinculante de los pliegos que establece el artículo 145 del TRLCSP para los licitadores al disponer que *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.* Esta obligación afecta igualmente al órgano de contratación.

Tampoco el recurrente invoca causa de nulidad alguna respecto al contenido de los pliegos

El Tribunal en cuanto a la naturaleza jurídica de la condición impuesta, estima que no se trata de un criterio de adjudicación para considerar la oferta más ventajosa económicamente, sino que tiene carácter de condición esencial y así ha sido calificada en la Cláusula 11 del PCAP, que expresamente la define como previa e indispensable para la adjudicación. Por tanto es una condición de obligado cumplimiento sin cuya acreditación no resulta procedente la adjudicación.

5.- Sobre la acreditación del cumplimiento de la condición, el artículo 146 del TRLCSP, relativo a la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y la relación de documentación que deberá acompañar a las proposiciones, prevé *“que cuando con arreglo a la ley sea necesaria la presentación de otros documentos se indicará esta circunstancia en el PCAP o en el documento descriptivo y en el correspondiente anuncio de licitación”* y en concreto sobre las declaraciones responsables de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, establece que la justificación acreditativa de tal requisito deba presentarse, antes de la adjudicación, por el empresario a cuyo favor se vaya a efectuar ésta.

Según se encuentra regulado en la Cláusula 13 del PCAP, la acreditación de la obligación de contar con el certificado de Bankia debía realizarse junto con la documentación a que se refiere el artículo 146 del TRLCSP y por consiguiente su acreditación debía tener lugar en esos términos.

El requerimiento a Bankia del certificado, por la EMVA, no es acorde con lo que dispone el artículo 151.2 del TRLCSP, sobre presentación de esta documentación, en el que prevé que el órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del

plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello.

En este caso no se contaba con la autorización de la empresa COTOLMA Obras y Construcciones SL., para requerir directamente la EMVA a Bankia la emisión del certificado sobre dicha empresa. En este caso se ha podido además infringir el artículo 140 del TRLCSP, sobre la obligación de no divulgar información facilitada por los licitadores, que estos hayan designado como confidencial, tal como alega el recurrente, si bien ese dato se desconoce.

El Tribunal advierte, por todo ello, que la Mesa de contratación no respetó la tramitación establecida en el TRLCSP en cuanto a la documentación a presentar por el licitador con carácter previo a la adjudicación, infringiendo lo dispuesto en los artículos 146 y 151.2 del TRLCSP.

En relación con la citada infracción procede analizar la existencia de causa de anulabilidad del acuerdo de adjudicación que invoca la recurrente, por considerar que es contraria a derecho, en virtud de lo prevenido en el artículo 33 del TRLCSP, en relación con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

Sobre las causas de invalidez, el artículo 31 del TRLCSP dispone: *“Además de los casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado, los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de*

adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes”.

El grado de invalidez de los actos puede determinar que sean nulos de pleno derechos o anulables.

Sobre la causas de anulabilidad de derecho administrativo, el artículo 63 del TRLCSP dispone: *“Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y en especial las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre”.*

El Tribunal considera que en este caso concurre causa de anulabilidad del Acuerdo de adjudicación prevista en el artículo 33 del TRLCSP, en relación con el 63 de la LRJ-PAC, al haberse infringido la normativa establecida en el artículo 151.2 del TRLCSP, sobre la documentación y forma de su presentación por la empresa propuesta como adjudicataria.

6.- El recurrente alega existencia de la vulneración de la normativa bancaria por Bankia y que el irregular comunicado de Bankia no reviste la forma de certificado.

Sobre esta alegación el Tribunal considera que el primero es un motivo extracontractual sobre el que no procede pronunciarse y sobre el documento de Bankia se considera como un defecto de forma que sería subsanable.

En congruencia con todo lo anterior el Tribunal entiende que concurre causa de anulabilidad prevista en el artículo 63.2 de la LRJ-PAC por defecto de forma, al carecer de propuesta de adjudicación formulada por la Mesa de contratación, e igualmente de anulabilidad del Acuerdo de adjudicación por la causa prevista en el artículo 63.1 de dicha Ley al haberse infringido el TRLCSP, manteniéndose los

restantes actos y tramites cuyo contenido no se ve afectado por estas infracciones.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 el recurso especial, interpuesto por Don M.F.L., en nombre y representación de Cotolma Obras y Construcciones S.L., contra la Adjudicación del contrato efectuada por el órgano de contratación de la Empresa Municipal de la Vivienda de Alcalá de Henares el 9 de julio de 2013, relativo al expediente de contratación “Contrato de obras de 88 viviendas con protección pública de precio básico, garajes, trasteros y locales comerciales (etapa I) en la parcela RC1 sector 115-A Espartales Norte” de Alcalá de Henares y anular el acuerdo del Consejo de Administración de 9 de julio de 2013 por el que se adjudica el contrato.

Retrotraer las actuaciones al momento de formulación de la propuesta de adjudicación que deberá ser elevada por la Mesa de contratación al órgano de contratación siguiendo los trámites establecidos en el TRLCSP y continuar el procedimiento de adjudicación en los términos que se formulan en esta Resolución.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión de la tramitación del expediente cuyo mantenimiento fue acordado por el Tribunal el 31 de julio de 2013.

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 49 del TRLCSP.