

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

En Madrid, a 4 de julio de 2019

VISTA la reclamación especial en materia de contratación interpuesta por don J.G., en nombre y representación de Elecnor, S.A., don S.J.P., en nombre y representación de Electren, S.A., don M.M.A., en nombre y representación de Cobra Instalaciones y Servicios, S.A., don J.B.P., en nombre y representación de Sociedad Española de Montajes Industriales, S.A. y don M.A.F., en nombre y representación de Control y Montajes Industriales Cymi, S.A., que se presentan en compromiso de UTE, contra el acuerdo de la Comisión Ejecutiva de Contratación de Metro de Madrid de fecha 6 de mayo de 2019 por el que se adjudica el contrato “Obras de instalación de catenaria rígida y adecuación a 1500 vcc., en la línea 4 de Metro de Madrid” número de expediente 6011900056, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante publicación en el DOUE y BOCM de fecha 15 de febrero de 2019 y en el perfil de contratante del órgano de contratación, alojado en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid un día antes, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios de adjudicación. La contratación no se ha dividido en lotes.

El valor estimado asciende a 6.899.526,05 euros y el plazo de duración es de 8 meses.

Segundo.- A la licitación se han presentado dos ofertas. Tras la tramitación del procedimiento de licitación con fecha 6 de mayo de 2019 se adjudica el contrato a Comsa Instalaciones y Sistemas Industriales, S.A.U. - Eym Instalaciones, S.A. – Instalaciones Inabensa, S.A. - Lantania S.L., que han presentado su oferta bajo compromiso de UTE (en adelante UTE adjudicataria). Siendo notificada con fecha 13 de mayo de 2019.

Con fecha 17 de mayo de 2019 la segunda clasificada, Elecnor, S.A., Electren, S.A., Cobra Instalaciones y Servicios, S.A., Sociedad Española de Montajes Industriales, S.A. y Control y Montajes Industriales Cymi, S.A., licitadores bajo compromiso de UTE, solicitaron al órgano de contratación acceso al expediente que fue puesto a su disposición para su consulta el 24 de mayo.

Tercero.- El 31 de mayo de 2019 la representación Elecnor, S.A., Electren, S.A., Cobra Instalaciones y Servicios, S.A., Sociedad Española de Montajes Industriales, S.A. y Control Y Montajes Industriales Cymi, S.A., de presenta reclamación contra la adjudicación del contrato que nos interesa, ante este Tribunal, habiendo sido comunicada dicha intención al órgano de contratación el 31 de mayo de 2019.

Dicha reclamación se basa en la falta de capacidad de la UTE adjudicataria por carecer de determinada habilitación profesional, la falta de disponibilidad de los medios personales requeridos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y la errónea valoración de la oferta presentada por la reclamante.

El 11 de junio de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 105.2 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales (en adelante LCSE).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 104.6 LCSE y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMT), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 19 de junio se recibió escrito de alegaciones por parte de la UTE adjudicataria de cuyo contenido se dará cuenta en los fundamentos de derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la Ley sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales, en relación con el Artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la Reclamación planteada.

Segundo.- Se acredita la legitimación de la UTE actora para interponer el recurso al tratarse de una unión de empresas licitadora clasificada en segundo lugar de conformidad con lo establecido en el artículo 102 LCSE.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes de la reclamación.

Tercero.- La reclamación se interpone contra la adjudicación de un contrato de obras que se rige por la LCSE, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 101 y siguientes de la Ley 31/2007 y en el artículo 44.2.b) de la LCSP y cuyo valor estimado es superior a 5.548.000 euros.

Cuarto.- En cuanto al plazo para interponer el recurso, la adjudicación se acordó el 6 de mayo de 2019, siendo notificada el 13 del mismo mes. La reclamación se ha interpuesto ante este Tribunal el 31 de mayo de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo de la reclamación esta se basa en tres motivos diferentes, ya mencionados en los antecedentes de esta resolución.

Como primer motivo la reclamante manifiesta la falta de capacidad de la adjudicataria al no cumplir los requisitos de habilitación profesional exigidos en el PCAP a través de la habilitación de la empresa indicada como subcontratista de los trabajos de retirada de piezas de línea aérea con amianto.

De las manifestaciones de todos los intervinientes en esta reclamación se deduce la siguiente situación.

El cuadro resumen de condiciones particulares al PCAP en su apartado 23 establece:

“23. Habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato.

¿Es necesario contar con una habilitación empresarial o profesional concreta para la ejecución del contrato? Sí.

La empresa que realice los trabajos de retirada de piezas de línea aérea con amianto especificado en el PPT, deberá contar con la inscripción en el R.E.R.A., así como estar

dado de alta como Gestor de Residuos Peligrosos.

Se deberá acreditar que se cumple éste requisito de habilitación en fecha anterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas especificado en el apartado 16 de este pliego.

Para acreditar su habilitación empresarial o profesional, los licitadores deberán aportar la declaración responsable incluida cómo anexo IV del PCP, indicando que cuentan con dicha habilitación. En el caso de que el licitador subcontrate los trabajos de desmontaje de piezas de línea aérea con amianto especificado en el PPT, se indicará que es la empresa subcontratista quien cuenta con la habilitación. La no presentación de la declaración indicada dará lugar a un plazo de subsanación de tres días hábiles a partir de la fecha de su solicitud. En caso de no recibirse la documentación requerida en el plazo señalado, la oferta será excluida del procedimiento.

Al licitador que haya presentado la mejor oferta y en todo caso a cualesquiera otros licitadores si se considera necesario durante la tramitación del procedimiento, se le requerirá la aportación de la siguiente documentación acreditativa de la vigencia y validez de la habilitación empresarial o profesional exigida:

Certificado de inscripción en el R.E.R.A, así como de la documentación técnica que acredite su alta como Gestor de Residuos Peligrosos de la Comunidad de Madrid expedida por la Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio”.

El anexo IV al PCAP es una declaración responsable que incluye los mismos requisitos que el Documento Único Europeo de Contratación, y en consecuencia en su apartado 8 requiere la siguiente información:

BLOQUE 8: INFORMACION RELATIVA A LOS SUBCONTRATISTAS	
¿Tiene el licitador intención de subcontratar alguna parte del contrato a terceros?	<input type="checkbox"/> Sí <input type="checkbox"/> No
En caso de indicar que SÍ, tendrá que	

enumerar los subcontratistas previstos. (nombre o perfil empresarial), la parte del contrato que tenga previsto subcontratar y el % total de la subcontratación	a) Nombre o perfil empresarial b) Parte del contrato que tenga previsto subcontratar c) % total de subcontratación
¿Dispone el subcontratista de la habilitación empresarial o profesional?	<input type="checkbox"/> Si <input type="checkbox"/> No

La UTE adjudicataria indicó en este apartado y en lo que nos resulta de interés a los efectos de resolver la reclamación, la intención de subcontratar los trabajos de desmontajes de piezas de línea aérea con amianto.

Para esta parte concreta de la ejecución la empresa encargada de los trabajos deberá poseer el certificado de inscripción en el RERA y el alta que la acredite como Gestor de Residuos Peligrosos de la Comunidad de Madrid.

La UTE adjudicataria indicó como subcontratista a Afesa Medio Ambiente S.A.

Resumiendo la exposición efectuada, la UTE adjudicataria la acredita mediante medios de la empresa subcontratista la habilitación profesional requerida para participar en esta licitación.

En la fase de presentación de ofertas, no corresponde acreditar la solvencia, bastando con declarar su cumplimiento. En consecuencia la capacidad para participar en esta licitación solo se declara, de forma responsable, en la seguridad de que lo declarado es cierto.

En la fase de la adjudicación del contrato es cuando corresponde acreditar documentalmente lo anteriormente declarado. En esta fase la UTE adjudicataria cambia de empresa subcontratista y presenta la documentación relativa a la

habilitación profesional en el apartado que nos incumbe de Gestión y Valoración Integral del Centro S.L. en lugar de la correspondiente a Afesa.

Tanto la UTE adjudicataria como el órgano de contratación consideran que en cualquier momento anterior a la adjudicación el licitador puede modificar la intención de subcontratar o bien efectuarlo con otra empresa. Invocan distintas resoluciones de órganos especializados y en concreto la Resolución número 116/2016, de 23 de junio, de este Tribunal sobre la posibilidad de sustituir al subcontratista.

Contraria es la posición del reclamante que considera que el cambio de empresa subcontratista obedece a la comprobada falta de habilitación profesional de Afesa y por tanto al tratarse de una condición de aptitud para contratar, su sustitución por otra empresa debe considerarse como una modificación de la oferta.

Centrado ya el motivo de la reclamación debe indicarse que las condiciones de aptitud para contratar se establecen en el artículo 65 de la LCSP que indica: *“1. 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 algún prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.*

(...)

2. Los contratistas deberán contar asimismo con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”.

La aptitud para contratar de la empresa licitadora es condición previa y necesaria a la licitación de tal forma que es insubsanable, entendiendo por tal no la acreditación documental o la declaración, sino su propia existencia. En consecuencia una empresa que no dispone de la aptitud requerida no podrá ni siquiera participar en el procedimiento de licitación.

Existe la posibilidad de que parte de la ejecución del objeto del contrato se preste otra empresa, subcontratista de la adjudicataria, en este caso se producen dos consecuencias:

- Las posibles habilitaciones profesionales requeridas deberán ser las propias de la subcontrata y no del adjudicatario.
- En aplicación del artículo 215 de la LCSP así como de los requisitos que se indiquen en el PCAP las condiciones de solvencia o habilitación profesional deberán ser comunicadas al órgano de contratación.

El apartado 8 del anexo IV al PCAP ya transcrito así lo considera. Se ha de destacar que las condiciones de aptitud deberán poseerse al término del plazo de licitación.

En referencia a la resolución de este Tribunal invocada debe precisarse que la capacidad para ser licitador no debe confundirse con otras figuras cómo la adscripción de medios o la subcontratación, cuyos requisitos son distintos y en los cuales sí se considera viable su modificación previa a la adjudicación.

De todo lo expuesto hasta el momento, se deduce que la designación de Afesa Medio Ambiente como subcontratista en la parte de ejecución reiteradamente nombrada, sin estar en posesión de la habilitación profesional requerida invalida la capacidad de la UTE adjudicataria como licitadora, al no cumplir con los requisitos de solvencia particulares exigidos en el PAP incumpliendo lo dispuesto en los artículos 65.2, 75.2. y 140.4 de la LCSP. El cambio de subcontratista al momento de presentación de la acreditación documental de los requisitos, solo puede considerarse como modificación de la oferta inicial.

Se ha de advertir que las declaraciones responsables efectuadas por los licitadores bien como tales o bien como cumplimentación del DEUC, deben ser ciertas y verídicas, pues esas son las condiciones del licitador y deben declararse y existir al término del plazo de licitación, no pudiendo modificarse o alterarse en el momento de

su acreditación documental.

Se trae a colación la Resolución nº 62/2017, de 3 de abril del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público. Entiende el Tribunal que el DEUC no es una formalidad declarativa con efectos sólo para la empresa licitadora, sino que también produce efectos hacia el órgano de contratación, para que éste, tal y como indica el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7, pueda verificar la información de las otras empresas de forma simultánea a la verificación relativa a la empresa licitadora principal.

Un cambio con referencia a lo declarado no puede conceptualizarse como una modificación susceptible de ser convalidada, dado que una eventual admisión de ésta contiene un cambio en la oferta.

Este Tribunal considera que la presentación y admisión de la documentación de una tercera empresa a los efectos de acreditar una solvencia no declarada *ab initio*, carece de toda posibilidad de convalidación y en consecuencia debería de haberse inadmitido.

Por todo lo cual se considera que la UTE adjudicataria no poseía las condiciones de aptitud necesarias para licitar a éste contrato al término del plazo de presentación de ofertas, debido a la falta de habilitación profesional de la subcontratista indicada en la oferta para integrar con medios externos la capacidad exigida en el apartado 23 del cuadro resumen de condiciones particulares. En consecuencia se estima la reclamación presentada, anulándose la adjudicación del contrato y requiriendo al órgano de contratación para que acuerde la exclusión de la oferta presentada por la UTE adjudicataria, procediendo en consecuencia a adjudicar el contrato a la reclamante.

A la vista de la estimación del primer motivo de recurso carece de sentido el pronunciamiento sobre los otros dos motivos invocados por la reclamante.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría de sus miembros y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación al 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid

ACUERDA

Primero.- Estimar la reclamación interpuesta por don J.G., en nombre y representación de Elecnor, S.A., don S.J.P., en nombre y representación de Electren, S.A., don M.M.A., en nombre y representación de Cobra Instalaciones y Servicios, S.A., don J.B.P., en nombre y representación de Sociedad Española de Montajes Industriales, S.A. y don M.A.F., en nombre y representación de Control y Montajes Industriales Cymi, S.A., que se presentan en compromiso de UTE, contra el acuerdo de la Comisión Ejecutiva de Contratación de Metro de Madrid de fecha 6 de mayo de 2019 por el que se adjudica el contrato “Obras de instalación de catenaria rígida y adecuación a 1500 vcc., en la línea 4 de Metro de Madrid”, anulándose la adjudicación del contrato y requiriendo al órgano de contratación para que acuerde la exclusión de la oferta presentada por la UTE adjudicataria, procediendo en consecuencia a adjudicar el contrato.

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

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 104.6 LCSE.

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 108 de la LCSE.

Voto particular que formula don Laureano Juan Peláez Albendea, Presidente del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid al recurso 352/2019, Resolución 281/2019.

No estando conforme con la Resolución finalmente adoptada, por las razones que se exponen a continuación.

Es cierto que *“las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”* (artículo 144.4 LCSP). Incluyendo entre las mismas la habilitación requerida en la cláusula 23 del PCAP para la empresa que realice trabajos de retirada de piezas de línea aérea con amianto, es necesario cohonestar la exigencia de tal habilitación en el momento de presentación de ofertas con la posibilidad admitida por este Tribunal y la propia Ley de cambiar el subcontratista antes de la adjudicación del contrato.

Según la cláusula 23 del PCAP no es necesario presentar la certificación de inscripción en el RERA más que por el adjudicatario, razón por la cual para dar cumplimiento a la exigencia de que las condiciones se cumplan en el momento de la licitación, basta con acreditar que el subcontratista finalmente propuesto disponía de la certificación del RERA en el momento de presentación de proposiciones, cuestión no cuestionada por la mayoría.

El licitador no tiene obligación de presentar subcontratista nominativo alguno anterior según el PCAP, sino simplemente declarar que la habilitación la posee el subcontratista, pero, en todo caso, la Ley le habilita para cambiarlo, sin mayor exigencia que comunicarlo a la Administración y que ésta no se oponga. La ausencia de la declaración indicada es lo que da lugar a subsanación.

Señala la cláusula 23 del PCAP:

“23. Habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato.

¿Es necesario contar con una habilitación empresarial o profesional concreta para la ejecución del contrato? Sí.

La empresa que realice los trabajos de retirada de piezas de línea aérea con amianto especificado en el PPT, deberá contar con la inscripción en el R.E.R.A., así como estar dado de alta como Gestor de Residuos Peligrosos.

Se deberá acreditar que se cumple éste requisito de habilitación en fecha anterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas especificado en el apartado 16 de este pliego.

Para acreditar su habilitación empresarial o profesional, los licitadores deberán aportar la declaración responsable incluida cómo anexo IV del PCP, indicando que cuentan con dicha habilitación. En el caso de que el licitador subcontrate los trabajos de desmontaje de piezas de línea aérea con amianto especificado en el PPT, se indicará que es la empresa subcontratista quien cuenta con la habilitación. La no presentación de la declaración indicada dará lugar a un plazo de subsanación de tres días hábiles a partir de la fecha de su solicitud. En caso de no recibirse la documentación requerida en el plazo señalado, la oferta será excluida del procedimiento.

Al licitador que haya presentado la mejor oferta y en todo caso a cualesquiera otros licitadores si se considera necesario durante la tramitación del procedimiento, se les requerirá la aportación de la siguiente documentación acreditativa de la vigencia y validez de la habilitación empresarial o profesional exigida:

Certificado de inscripción en el R.E.R.A, así como de la documentación técnica que acredite su alta como Gestor de Residuos Peligrosos de la Comunidad de Madrid expedida por la Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio”.

La empresa que iba a ejecutar finalmente los trabajos de retirada de piezas de línea aérea con amianto, Gestión y Valoración Integral del Centro S.L., acredita que dispone del certificado de inscripción en el RERA con anterioridad a la licitación, dando cumplimiento al Pliego y a la Ley.

Cualquier otra interpretación deja sin contenido el artículo 87.2. b) de la Ley

31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que permite el cambio del subcontratista incluso cuando se imponga la designación de su perfil en el pliego (aplicado en nuestra Resolución número 116/2016, de 23 de junio) o el 215 de la LCSP, a cuyo tenor:

“2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Si así se prevé en los pliegos, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

(...)

c) Si los pliegos hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas en la letra a) del presente apartado, los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere la letra b) de este apartado, salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional”.

El subcontratista indicado en la oferta puede ser cambiado en la adjudicación, incluso aunque se haya indicado nominativamente o por las condiciones de su perfil empresarial, definidas por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica.

Y el finalmente propuesto disponía de la habilitación requerida en plazo de licitación.

Por éste motivo entiendo que el recurso debió ser desestimado.