

Recurso nº 6/2018

Resolución nº 4/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

En Santiago de Compostela, a 7 de mayo de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por E.G.F. y M.C.G. contra el acuerdo de adjudicación de la licitación del contrato del servicio consistente en la dirección de ejecución de las obras de adaptación del complejo del antiguo hospital general como futura ciudad de la justicia de Vigo (Fase II), nº expediente 2018-SESE 06-PL, dictado por la Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGAL, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Xunta de Galicia se convocó la licitación del contrato del servicio consistente en la dirección de ejecución de las obras de adaptación del complejo del antiguo hospital general como futura ciudad de la justicia de Vigo (Fase II), con un valor estimado declarado de 256.515,49 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el perfil del contratante del órgano de contratación y en el DOUE día 28 de noviembre de 2017, en el BOE el 4 de diciembre y en el DOGA el día 15 del mismo mes.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, la misma estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF, en adelante).

Tercero.- Tras la tramitación del correspondiente procedimiento de adjudicación, el 21 de marzo de 2018, la Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia acordó adjudicar el contrato a la entidad U.T.E. Eptisa Servicios de Ingeniería, S.L. - Aceraq Coruña, S.L., resolución publicada en el perfil del contratante el día 21 y notificada a los recurrentes el 22 de marzo.

Cuarto.- En fecha 16 de abril E.G.F. y M.C.G. interpusieron recurso especial en materia de contratación contra dicha resolución de adjudicación.

Quinto.- Con fecha 17 de abril se reclamó a la Secretaría General Técnica de la Vicepresidencia y Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). El expediente fue recibido el día 20 de abril y el informe el día 25.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fechas 20.4.2018 y 26.04.2018, recibéndose las alegaciones de la UTE Eptisa Servicios de Ingeniería, S.L. - Aceraq Coruña, S.L el 27.4.2018.

Séptimo.- Mediante resolución de 23.4.2018, el TACGAL acordó mantener la suspensión automática del procedimiento de adjudicación citado en el encabezamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud del dispuesto en la Disposición Transitoria Primera LCSP el presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real

Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en material contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- Los recurrentes no sólo ostentan la condición de licitadores a través de la UTE DEO-XVI, sino que de acuerdo con la resolución de adjudicación de 21 de marzo de 2018 quedaron en segundo lugar en el procedimiento de valoración, lo que determina de forma indiscutible su legitimación. Significar que en este caso el recurso está sostenido por quien aparecen como los integrantes de esa UTE.

Cuarto.- La resolución de adjudicación fue notificada el día 22 de marzo así que el recurso tuvo entrada en este Tribunal dentro del plazo establecido de quince días hábiles.

Quinto.- El valor estimado de la licitación asciende a 256.515,49 euros por lo que la actuación impugnada es susceptible de este recurso especial al amparo de lo dispuesto en el art. 44.1.a) y 44.2 c) LCSP.

Sexto.- Según los recurrentes, el procedimiento de licitación adolece de diversas irregularidades que determinan la ilegalidad de la resolución de adjudicación.

Alega que el pliego de cláusulas administrativas recoge como criterio de solvencia la habilitación profesional, lo que debería ser un criterio no de solvencia sino de aptitud para contratar.

Señala que la adjudicataria carece de la capacidad legalmente exigible para ejecutar el contrato pues no es una sociedad profesional.

Y en cuanto a la propia valoración que sirve de fundamento a la adjudicación, entiende que la adjudicataria no acreditó suficientemente la experiencia del personal según el exigido en el PCAP, que presentó un número de páginas superior al máximo previsto en el pliego y que se cometieron diversos errores en la valoración de su oferta y la de la adjudicataria, todo lo cual debería determinar la anulación de la resolución impugnada.

Por esto solicita, en definitiva, que se anule la adjudicación y, en todo caso, se acuerde la minoración de la puntuación concedida a la U.T.E. Eptisa Servicios de

Ingeniería, S.L. - Aceraq Coruña, S.L. en, al menos, los puntos necesarios para que pierda la condición de oferta más ventajosa.

Séptimo.- El órgano de contratación en su informe se opone al recurso presentado, defendiendo la habilitación legal de la UTE adjudicataria para realizar el objeto del contrato y de oposición a las referencias a la exclusividad hacia las sociedades profesionales con cita de resoluciones que así lo determinan, y con remisión a los informes técnicos de evaluación contenidos en el expediente en cuanto a las críticas sobre la valoración.

Octavo.- Por su parte, el representante de la UTE adjudicataria se opone al recurso basándose en la capacidad profesional de las empresas adjudicatarias para ejecutar el contrato y defendiendo el cumplimiento por su oferta de los criterios de valoración establecidos en el pliego. Además, critica que se pudiera acceder a la documentación presentada en la licitación y que el recurso presentado es contrario a los propios actos de los recurrentes en otras licitaciones similares.

Noveno.- La primera alegación de los recurrentes se basa en la indebida determinación de los medios de solvencia técnica recogida en el PCAP. A estos efectos, la cláusula G de la hoja de especificaciones señala:

“G MEDIOS DE ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL

Los licitadores acreditará su solvencia técnica y profesional de acuerdo con lo establecido en el artículo 78 letra y) del TRLCSP mediante lo siguiente medio:

La titulación académica y profesional relativa única y exclusivamente a la persona responsable de la dirección de ejecución de las obras.

A estos efectos, se considerará solvente el licitador que aporte el título de arquitecto técnico o, de ser el caso, la titulación comunitaria homologable.

La titulación académica relativa al resto del personal que, en su caso, proponga la licitadora como integrante del equipo humano adscrito a la ejecución del contrato no podrá ser incluida en el sobre A. El incumplimiento de tal extremo constituirá causa automática de exclusión.”

Entienden los recurrentes que el título de arquitecto técnico recogido como criterio de solvencia no debería ser tal, pues se refiere a una habilitación profesional que afecta a la capacidad del licitador.

Sin entrar en el fondo de lo expuesto, es preciso determinar si en este momento, y a través del recurso contra la resolución de adjudicación de la licitación, es posible impugnar dicha cláusula.

Para esto, debemos partir del carácter excepcional que debe otorgarse a la impugnación extemporánea de los pliegos. Como señala el Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia 118/2016 de 5 Mayo de 2016.:

“...los Pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y los Pliegos de Prescripciones Técnicas (PPT), que las leyes sobre la contratación administrativa imponen en los contratos administrativos constituyen en sentido metafórico, de acuerdo a reiteradísima jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, la " ley del contrato " lo que significa que las determinaciones de aquellos Pliegos, si no son impugnadas en su momento, quedan consentidas y firmes y en consecuencia vinculan a todos, Administración y contratistas, y por esa razón todas las incidencias del contrato, su ejecución, y los derechos del contratista y las facultades de la Administración se deben ajustar estrictamente a lo previsto en tales Pliegos (...)

Es muy reiterada la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencias de 18 de abril de 1986 , 3 de abril de 1990 , 12 de mayo de 1992 y 9 de febrero de 2001 , entre otras) en el sentido de que el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus "propios actos", cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones, que obviamente, pretendía.

Como resalta la STS de 28 de junio de 2004 , de forma similar " las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los pliegos, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes, como la recurrente, han concurrido a la correspondiente licitación".

En igual sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de noviembre de 2016, rec. 4274/2015, al establecer que:

“La impugnación de los pliegos, que son la ley del contrato, por la licitadora o competidora ... S.A. era posible, pero dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a TRPLCSP y siempre que ostentase un interés legítimo en la anulación de determinada cláusula [o cláusulas] del mismo que no le impedía participar en el procedimiento pero le podía resultar perjudicial.

Finalmente, como recoge el Tribunal administrativo central de recursos contractuales (TACRC, en adelante) en su resolución 808/2016:

“la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13) aborda, entre otras cuestiones, el plazo para impugnar las cláusulas contenidas en el pliego cuando los licitadores no pueden comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informa exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. En estos casos, de acuerdo con lo argumentado en la Sentencia con fundamento en las Directivas de recursos, el vencimiento del plazo establecido en el Derecho nacional para impugnar las condiciones de la licitación no impide que puedan cuestionarse algunas de estas condiciones al impugnar la decisión de adjudicación del contrato, pero sólo en el caso de que un “licitador razonablemente informado y normalmente diligente” “no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión”.

Por lo tanto, se concluye que el sometimiento del recurso especial contra los pliegos de la licitación a un plazo preclusivo constituye una garantía del principio de seguridad jurídica. Por esto, en este caso concreto y a la vista de la cláusula impugnada, no procede entender que un licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pudiera entender su contenido, por lo que procede, a juicio de este Tribunal, inadmitir el primer motivo del recurso, ya que los recurrentes debieron proceder a la impugnación de la cláusula en cuestión interponiendo el correspondiente recurso contra los pliegos de la licitación y no ahora, en el que el acto impugnado es la adjudicación a otro licitador.

Décimo.- En segundo lugar, entienden los recurrentes que, siendo el objeto del contrato un servicio de dirección de obra, su ejecución por persona jurídica requiere, según lo previsto en el artículo 1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades

Profesionales, de su constitución como sociedad profesional y su inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales correspondiente.

Por lo tanto, alegan que al no ser sociedades profesionales ni Eptisa Servicios de Ingeniería, S.L. ni Aceraq Coruña, S.L., como miembros de la UTE adjudicataria, ambas carecen de la habilitación profesional exigible, por lo que la adjudicación incumpliría la Ley 2/2007 y la cláusula 5 PCAP, sobre la capacidad para contratar, que establece:

5.1. Poderán tomar parte na licitación as persoas naturais ou xurídicas españolas ou estranxeiras que teñan plena capacidade de obrar, non estean incursas nunha prohibición de contratar, e acrediten a súa solvencia económica financeira e técnica ou profesional ou, nos casos nos que se esixa no TRLCSP se atopen debidamente clasificadas, segundo o sinalado nos apartados E, F e G da folia de especificacións. Os empresarios deberán contar, así mesmo, coa habilitación empresarial e profesional que, no seu caso, sexa esixible para a realización da actividade ou prestación que constitúa o obxecto do contrato. As persoas xurídicas só poderán ser adxudicatarias de contratos cuxas prestacións estean comprendidas dentro dos fins, obxecto ou ámbito de actividade que, segundo os seus estatutos ou regras fundacionais, lles sexan propios.

Esta cuestión ya fue analizada por el TACRC en su resolución 374/2014, en la que señala que:

Puestas así las cosas y dado que la sociedad adjudicataria no está constituida como Sociedad Profesional, entienden los recurrentes que la misma no puede contratar en su propio nombre y, por lo mismo, que la adjudicación adolece de vicio de nulidad, al haberse efectuado en favor de una persona jurídica que, al no reunir la condición de Sociedad Profesional constituida conforme a los preceptos de la Ley 2/2007 de Sociedades Profesionales, no puede ejecutar, por sí misma, las prestaciones propias del contrato.

Frente a dicho argumento, este Tribunal estima, no obstante, que este razonamiento no es admisible por ser excesiva e innecesariamente restrictivo.

Para empezar, dicho argumento choca con la dicción literal del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por las que se rige el contrato, el cual, tiene fuerza de ley para todos los licitadores, incluidos los recurrentes, al no haber sido impugnado, en tiempo y forma, por ninguno de ellos.

Así lo ha señalado este Tribunal en su Resolución 175/2013, -confirmando anteriores resoluciones 47/2012 y 253/2011- a cuyo tenor:

“Siguiendo el criterio fijado ya por este Tribunal, acorde con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, hemos de recordar que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es la Ley que rige la contratación entre las partes y al Pliego hay que estar, respetar y cumplir, sin que, por ello, se contravenga el principio de concurrencia ni el de igualdad”.

Pues bien, a tenor del último inciso de la cláusula 5.1 del referido Pliego, la capacidad legal para que las personas jurídicas puedan intervenir como licitadores y eventuales adjudicatarios del contrato se define de la siguiente forma:

“Las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, según sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios”

A la vista de la cláusula que queda transcrita, resulta evidente que, aunque sea cierto que las Sociedades Profesionales de Arquitectos, creadas conforme a la Ley 2/2007 gozan, sin duda, de capacidad legal para ejecutar las prestaciones de este tipo de contratos, no es menos cierto, sin embargo, que tales Sociedades Profesionales no son las únicas personas jurídicas que poseen tal aptitud legal.

En efecto, a tenor de la cláusula transcrita, también poseen dicha aptitud legal aquellas otras Sociedades que, sin ser Sociedades Profesionales, incluyan, entre los fines o actividades que constituyen, según estatutos, su objeto social, las prestaciones objeto del contrato. (...)

La interpretación restrictiva de la Ley 2/2007 que sostienen los recurrentes resulta contraria al espíritu y finalidad de la Directiva sobre Contratación Pública aprobada por el Parlamento Europeo en su sesión de 15 de enero de 2014

En efecto, el artículo 19.2 de la citada Directiva establece que: “Las agrupaciones de operadores económicos, incluidas las asociaciones temporales, pueden participar en procedimientos de contratación. Los poderes adjudicadores no les exigirán que tengan una forma jurídica específica para presentar una oferta o formular una solicitud de participación.”

Añadiendo, más adelante, en el apartado 3, del propio artículo, que: “Los poderes adjudicadores podrán exigir a las agrupaciones de operadores económicos que adopten una forma jurídica determinada, cuando se les haya adjudicado el contrato, en la medida en que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del mismo.

La finalidad de estos preceptos es clara, con ello, se pretende evitar prácticas restrictivas de la competencia en el seno de la Unión, reservando para un determinado tipo de personas jurídicas, de nueva y especial creación, toda una categoría de contratos del Sector Público, pese a ser conscientes que esos contratos pueden ser perfectamente ejecutados por otro tipo de entidades, como lo demuestra el hecho evidente que, la promulgación de la Ley 2/2007 y aun después, este tipo de contratos viene siendo ejecutados, sin el menor problema legal o económico, por sociedades que, como la adjudicataria del contrato, no son Sociedades Profesionales sino Sociedades de Intermediación que, incluyen, dentro de las actividades que constituyen su objeto social, las prestaciones objeto del contrato y que adscriben, permanentemente, a la ejecución de este último a uno o varios profesionales, de plantilla o contratados, que gozan de la necesaria titulación y que están debidamente dados de alta en el correspondiente Colegio Profesional.

Cualquier interpretación restrictiva y exclusivista de la Ley 2/2007, como la que defienden los recurrentes, resultaría, de esta forma, inaceptable, por conculcar los principios esenciales del Derecho Europeo, como son los de igualdad de trato, no discriminación, transparencia y máximo nivel de concurrencia”.

De hecho, tal interpretación fue refrendada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la sentencia de 1 de octubre de 2015 (nº 568/2015) en recurso contra precisamente dicha resolución del TACRC y en la que reitera el argumentado por el tribunal central.

El Tribunal administrativo de recursos contractuales de la Junta de Andalucía, en la resolución 183/2014 abunda en la tesis:

“Lo que dispone el artículo 1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales es que cuando el objeto de una sociedad sea el ejercicio en común de una actividad profesional, dicha sociedad deberá constituirse como sociedad profesional. Ahora bien, tal postulado legal no impide que puedan existir y participar en la licitación otras personas jurídicas -distintas a las sociedades profesionales- cuyos fines u objeto social, conforme a sus estatutos o reglas fundacionales, comprenda las prestaciones propias del concurso. Tal previsión es, precisamente, la recogida en la cláusula 6.1 el PCAP, que reproduce el contenido del artículo 57.1 del TRLCSP cuyo tenor es “Las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios”.

Así pues, en el caso de empresarios personas jurídicas, habrá que estar a sus estatutos o reglas fundacionales para determinar si su objeto social, fines o ámbito de

actividad incluyen las prestaciones propias del concurso de proyectos y en su caso, del posterior contrato de servicios de redacción de proyecto básico, redacción de proyecto de ejecución y dirección facultativa de las obras correspondientes.”

En el mismo sentido se pronunció también la Comisión consultiva de contratación pública de Andalucía en su informe 8/2009.

Por lo tanto, en base a lo aquí expuesto, a la vista de la lectura de la cláusula 5.1 de los pliegos que rigen la licitación y entendiendo este Tribunal que la interpretación defendida por los recurrentes es excesivamente restrictiva y contraria a los principios de igualdad de trato, transparencia y máxima concurrencia en la licitación pública, procede desestimar este segundo motivo de impugnación, ya que cabe concluir que puede participar en una licitación cualquier sociedad que en sus estatutos o reglas fundacionales determine entre sus fines, objeto o ámbito de actividad las prestaciones que son objeto del contrato, y así fue comprobado por la mesa de contratación respecto a las entidades Eptisa Servicios de Ingeniería S.L. Aceraq Coruña S.L.

Undécimo.- El apartado J de la hoja de especificaciones relativo a los criterios de valoración de las ofertas recoge en su primera parte lo siguiente:

Nº	CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	VALORACIÓN
	CRITERIOS NON AVALIABLES DE FORMA AUTOMÁTICA (SOBRE B)	De 0 a 50 puntos
1	<u>Equipo a adscribir</u> Valorarase de forma comparativa entre os licitadores a composición e cualificacións do equipo humano que o licitador propón para o desenvolvemento dos traballos, a capacitación profesional e a experiencia de cada un deles en base ás funcións a realizar.	De 0 a 25 puntos
1.1	Director da execución das obras. ■ Valorarase neste apartado a traxectoria profesional e a experiencia no desenvolvemento de traballos especificamente similares ao do obxecto deste contrato.	Ata 15
1.2	Encargado do control e actualización gráfica do estado da obra. ■ No caso de que se aporte persoal para a realización das tarefas indicadas no apartado 4.1. “in fine” do prego de prescricións técnicas (PPT), valorarase neste apartado a traxectoria profesional e a experiencia no desenvolvemento de traballos de control e actualización gráfica na realización de traballos especificamente similares aos da execución da obra.	Ata 4
1.3	Encargado do control na execución das instalacións. ■ No caso de que se aporte persoal para a realización das tarefas indicadas no apartado 4.1. “in fine”, valorarase neste apartado a traxectoria profesional e a experiencia no desenvolvemento de traballos de control de execución de instalacións na realización de traballos especificamente similares aos da execución da obra.	Ata 3
1.4	Outros compoñentes do equipo técnico ■ Os aspectos a valorar neste apartado son os seguintes: a presenza no equipo de técnicos dedicados ao control de estruturas; a xestión de servizos afectados pola execución da obra; o asesoramento, control e vixilancia ambiental; e o control económico da obra e o seu apoio administrativo.	Ata 3

Para este debate parece adecuado hacer referencia, en primer lugar, a una sumaria antología de la posibilidad de incluir como criterio de adjudicación la experiencia del equipo humano encargado de ejecutar el contrato.

Así, la STJUE de 9 de octubre de 2014 (Las. T-2/07), señala con carácter general:

“...en los apartados 30 a 32 de la sentencia Lianakis y otros, relativa a normas análogas en materia de contratos públicos de servicios, el Tribunal de Justicia ha distinguido claramente los criterios de adjudicación de los criterios de selección cualitativa que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión y ha considerado que los criterios relativos a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión pertenecen a esta última categoría y, por tanto, no tienen el carácter de criterios de adjudicación. De este modo, el Tribunal de Justicia ha excluido que el criterio de la experiencia pueda servir como criterio de adjudicación, contrariamente a lo alegado por el Reino de España.”

Cuestión distinta es que se valore como criterio de adjudicación la mayor calidad aportada por los medios personales en prestaciones de contenido intelectual, tal y como se concluye en la STJUE de de 26 de marzo 2015, asunto C-601/13,:

“Para la adjudicación de un contrato de prestación de servicios de carácter intelectual, de formación y de consultoría, el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, no se opone a que el poder adjudicador establezca un criterio que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución de ese contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y el currículum de sus miembros”

Así lo establece la Directiva 2014/24/UE, en su considerando 94, luego normativizado en su artículo 67.2 b). Sobre este precepto el Documento sobre “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público” aprobado el 1 de marzo de 2016 por los Tribunales administrativos de recursos contractuales, considera que tiene efecto directo, aunque ya lo entiende incorporado al art. 150 TRLCSP.

Tiene interés reproducir cómo aquel considerando 94 de la Directiva expresa que *“Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura”*.

Lo dicho también viene recogido por la doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales, por todas, la RTACRC 677/2017 que señala que:

“...no cabe duda de que una mayor experiencia de los equipos ofertados en los trabajos que se van a ejecutar afecta directamente a la calidad de la prestación de naturaleza intelectual por lo que se admite la posibilidad de que se introduzca en los Pliegos como criterio de adjudicación.”

Establecida la doctrina al respeto, y al no cuestionar nadie que estamos ante un contrato de carácter intelectual, el establecimiento por los pliegos de la experiencia del personal técnico como criterio de adjudicación es conforme a Derecho. Baste el apunte, a efectos ilustrativos, de que en la LCSP 2017 se define a los servicios de arquitectura como prestación de carácter intelectual, ope legis, en la disposición adicional cuadragésimo primera.

En cuanto a la concreta valoración de las ofertas presentadas, el recurso se fundamenta primeramente en la incorrecta puntuación de la proposición de la adjudicataria en el subapartado “director de ejecución de las obras”, en la que obtuvo la máxima puntuación, 15 puntos. No se nos escapa que este apartado era, con mucho, el más relevante dentro de los criterios no evaluables de forma automática, por lo que era especialmente importante una correcta configuración de la oferta al respeto.

Los recurrentes alegan que en dicha oferta la experiencia del director de ejecución de las obras no consta acreditada, puesto que la misma se limita a una declaración del delegado de EPTISA en Galicia, en la que manifiesta que los integrantes del equipo propuesto participaron en actividades similares, lo cual no se ajusta, según los mismos, a lo exigido por el PCAP.

A estos efectos, la cláusula 6.2 apdo. B establece:

3. Documentación do equipo a adscribir:

o Equipo a adscribir:

- Director de execución da obra

Deberán presentarse orixinais ou copias debidamente cotexadas da documentación na que se xustifique a traxectoria profesional (a modo indicativo, por exemplo, os certificados de colexiación) e os nomeamentos ou designacións como director de execución de obras especificamente similares á que é obxecto do contrato, concretando os anos de desenvolvemento da obra así como o importe total da mesma (máximo 15 páxinas DIN A4, a unha soa cara, letra arial 10, interliñado sinxelo).

La oferta técnica del adjudicatario se limita a recoger como justificación de lo señalado una declaración del delegado de Eptisa en Galicia conforme los integrantes del equipo participaron en actividades similares. Concretamente y respecto al director de ejecución de obras, establece:

....

DECLARA

que pone a disposición del contrato de servicio consistente en la dirección de ejecución de las futuras obras de adaptación del complejo del antiguo hospital general como futura ciudad de la justicia de Vigo (Fase II) (código de expediente: 2018-SESE 06-PL), en caso de ser adjudicado a EPTISA, a D...., arquitecto técnico, con más de 29 años de experiencia, que ha participado en actividades de dirección de ejecución, realizando trabajos específicamente similares al del objeto de este contrato, entre otras, en las siguientes obras adjudicadas a EPTISA.

A esto le sigue un amplio listado de obras ejecutadas por la entidad Eptisa y añadiendo en el Anexo 1 copia del título académico del propuesto cómo director y su currículo personal.

Por su parte, el informe técnico que incluye las hojas de valoración de la documentación del sobre B señala respecto a la documentación presentada por la adjudicataria: “*Experiencia como director de ejecución de obras sobradamente acreditada*”, otorgándole la máxima puntuación (15 puntos). A este informe se remiten las alegaciones del órgano de contratación en esta fase de recurso.

A la vista de lo anterior, lo que procede determinar por este Tribunal es si la oferta técnica de la adjudicataria cumplió o no con lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares respecto de la acreditación de la experiencia exigida.

Como ya señalamos anteriormente, es clara la doctrina y jurisprudencia que determinan que los pliegos son la ley del contrato y vinculan a las partes participantes una vez aceptado.

Así lo recoge el propio PCAP en la cláusula 6.1 al señalar:

La presentación de proposiciones presume por parte del licitador la aceptación incondicional de las cláusulas de este pliego, así como del pliego de prescripciones técnicas.

Pero este principio supone que los pliegos obligan no sólo a los licitadores, sino también al órgano de contratación que está sujeto a lo previsto en ellos a lo largo de todo el proceso contractual, pues de otra manera se vulneraría el principio de igualdad de trato.

Tal y como señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14):

“Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores”.

Igualmente, la STS de 12 de abril de 2000 (Rec.19884/1992) establece que:

“Estas bases contenidas en el pliego son la ley del concurso y obligan por igual a la Administración y a los concursantes. El eludirlas en relación con uno de ellos supone una infracción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad, pues se crea, por un lado, una incertidumbre entre los interesados sobre cuáles son las consecuencias que hay que atribuir al incumplimiento de las bases y, por otro, se

produce un privilegio en favor del incumplidor frente al resto de los participantes que han sido escrupulosos en respetar los mandatos del pliego”.

A este respeto, la cláusula analizada es clara al establecer la documentación que deben presentar los licitadores para su valoración del apartado referido al director de ejecución de obras, dividiéndola en dos partes:

-Por un lado, la “documentación *en la que se justifique la trayectoria profesional (a modo indicativo, por ejemplo, los certificados de colegiación)*”.

- y además, “ (e) *los nombramientos o designaciones como director de ejecución de obras específicamente similares a la que es objeto del contrato, concretando los años de desarrollo de la obra así como el importe total de la misma*”.

Hay que tener en cuenta que el pliego utiliza la forma verbal del singular (“justifique”) y la conjunción “y” lo que determina que no exista otra interpretación gramaticalmente correcta más que entender como obligatoria la presentación de los nombramientos o designaciones como director, además de justificar de otra manera su trayectoria profesional como, por ejemplo, con los certificados de colegiación.

Comenzando por la segunda fase de aquel apartado, el pliego pide que la experiencia se acredite a través de nombramientos o designaciones como director en otros trabajos. Es evidente que esta acreditación se puede realizar de diversas maneras, (por ejemplo a través de certificados colegiales, copia del nombramiento presentado en la tramitación de una licencia de las obras, certificados emitidos por la administración contratante,...) pero la elegida debe dejar constancia del específico nombramiento o designación y permitir en todo caso su comprobación por el órgano de contratación para efectuar la obligada valoración. En ese aspecto, el pliego no hace referencia a una mera declaración o similar, sino directamente a documentos de nombramientos o designaciones.

Tampoco es intrascendente que cuando alude a la demostración de la trayectoria profesional señale, sea a modo de ejemplo, documentos diferentes a los que puedan ser confeccionados por la propia entidad que acude a la licitación: “*a modo indicativo, por ejemplo, los certificados de colegiación*”.

Si observamos entonces la oferta de la adjudicataria, veremos como, en primer lugar, la declaración de que la persona propuesta participó en “actividades” de

dirección de ejecución, adolece de debilidades en sí misma, pues participar en esas actividades no implica certificar que fuera el concreto director de la obra. Pero, sobre todo -y esto es el finalmente determinante-, no se acompaña de la documentación que exigía el pliego para valorar este nuclear apartado de la oferta.

Sobre esto último, hay que tener en cuenta que en este concreto subapartado a valorar, y como consecuencia de la importancia del director de obra en la ejecución del contrato, el pliego es aún más estricto que en los correspondientes al resto del equipo técnico, en el que se limita a exigir la presentación de documentación que demuestre “su participación como técnico”. Aquí se recoge la necesidad de presentar: i) la “documentación en la que se justifique la trayectoria profesional (a modo indicativo, por ejemplo, los certificados de colegiación)” y b) “los nombramientos o designaciones como director de ejecución de obras específicamente similares a la que es objeto del contrato, concretando los años de desarrollo de la obra así como el importe total de la misma”.

Por lo tanto, una vez establecida la exigencia en el pliego como ley del contrato, el órgano de contratación está obligado por estos, pues el contrario quebraría con la libre competencia entre los licitadores.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 128/2011, de 14 de febrero, FX 3, es muy clara al respecto:

“...si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurren al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la Administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (SsTS de 28 de Junio de 2.004, recurso de casación 7106/00, y de 24 de Enero de 2.006, recurso de casación 7645/00)”.

También es de destacar que la propia empresa adjudicataria parece ser consciente de que la documentación presentada no se ajusta a lo exigido en la licitación, y así señala en la primera página del apartado 1 “Documentación del equipo a adscribir” de su oferta, respeto a la documentación justificativa de la trayectoria profesional del equipo a adscribir:

“Certificados de obras realizadas emitidos a nombre de Eptisa por ser el ente adjudicatario de los trabajos y no poder, en la práctica totalidad de los casos, tener certificados individuales de cada empleado conforme han participado en los mismos”.

En este punto debemos recalcar que lo que debe ser objeto de valoración por el órgano de contratación es precisamente la capacidad técnica del personal que desarrollará el contrato, justificada a través de la realización de trabajos similares, y no el de las entidades licitadoras, por lo que la adjudicataria debió presentar la documentación necesaria que permitiera efectuar dicha valoración, porque así se exigía textualmente en el PCAP, con aportación del tipo de documentos que se requerían para tal valoración. Como señala la STJUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10), es el licitador quien debe responsabilizarse de la corrección de su oferta: *“la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos”.*

No procede perder de vista, como señalamos anteriormente en esta resolución, que la valoración de la experiencia como criterio de adjudicación es algo excepcional, y referida como medio de acreditar la valía profesional del personal concretamente encargado de ejecutar el contrato, nunca de la empresa en sí misma. Procede entonces una exigencia rigurosa impeditiva de cualquiera atisbo de deslizamiento cara a una valoración de la experiencia de la empresa. Convalidar que dicha valía se acredite mediante la mera relación de trabajos realizados por la empresa licitadora durante el tiempo en que estuvo contratado un concreto personal, supondría de hecho admitir la valoración de un requisito de solvencia como criterio de adjudicación, contrario al derecho europeo y al principio de libre competencia.

Fuera ya de la oferta, en las alegaciones presentadas ante este TACGAL la adjudicataria señala la calificación profesional de la persona propuesta como director de ejecución de la obra, presentando ahora y como anexo a tales alegaciones, documentación sobre la misma. Esta aportación probatoria en este momento desvirtuaría que hubiese habido una imposibilidad de presentarla en el momento exigido, acercándonos a la conclusión de estamos ante una errónea configuración de la oferta presentada en la licitación, a efectos del cumplimiento de los pliegos.

En todo caso, respecto a la documentación ahora añadida por la adjudicataria cómo prueba de los criterios de adjudicación, ni es ya el momento ni es necesario explicar que este Tribunal no puede sustituir al órgano de contratación por lo que no le

corresponde proceder a su valoración. Pero también hay que tener en cuenta a estos efectos que la posibilidad de subsanación de una oferta presentada es algo ciertamente excepcional, ya que los principios de igualdad de trato y no discriminación determinan que las ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores, tal y como señala la ya citada STJUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010) al indicar que *una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ser ya modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato*". La Resolución 1203/2017 del TACRC añade, al respecto: *«Respecto a la oferta técnica, hemos declarado...debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta» (Resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010).*

Llegados a este punto, aunque la reducción de la puntuación obtenida por el adjudicatario en el referido al Director de ejecución de obras, 15 puntos, ya daría lugar a pretensión final del recurrente de que se reduzca aquella en los puntos necesarios para que pierda la condición de oferta más ventajosa, procede analizar el resto de consideraciones del recurso.

En cuanto al motivo del recurso referido a la valoración de los otros miembros del equipo técnico, la cláusula 6ª del PCAP establece la siguiente documentación a presentar:

“Deberán presentarse originales o copias debidamente comparadas de la documentación en la que se justifique la trayectoria profesional y que demuestren su participación como técnico...de obras específicamente similares a la que es objeto del contrato, concretando los años de ejecución de la obra así como el importe total de la misma (máximo de 15 páginas DIN A4 a una sola cara, letra arial 10, interlíneado sencillo)”

La UTE adjudicataria presenta para su valoración por el órgano de contratación el mismo tipo de declaración del delegado de Eptisa analizada anteriormente, añadiendo como anexo los diversos currículos de los miembros del equipo ofertado.

El órgano de contratación en su informe técnico le otorga la máxima puntuación (10 puntos).

A este respecto, la STJUE de 4 diciembre de 2003 (asunto C-448/01) señala:

“la valoración de las distintas ofertas con objetividad y transparencia presupone que la entidad adjudicadora, basándose en informaciones y documentos acreditativos facilitadas por los participantes en la licitación, esté en condiciones de verificar si las ofertas de éstos satisfacen efectivamente los criterios de adjudicación”.

Es decir, también aquí, con ese pliego así configurado, aceptar una mera declaración efectuada por el licitador supone dejar en sus manos la propia valoración del cumplimiento del criterio de adjudicación sin posibilidad real de control por el órgano de contratación, lo que no se ajustaría a lo que denotan esas exigencias documentales recogidas en los pliegos.

Por lo tanto, aunque en estos apartados el PCAP no es tan específico como en el correspondiente al encargado de la dirección de la ejecución, tampoco podemos llegar a la conclusión que, vista la mención documental prevista en los pliegos, una simple declaración de parte, acompañada de una relación curricular, sea la documentación exigida a efectos de que el órgano de contratación valore la calidad profesional del equipo técnico, fin buscado aquí en el pliego de cláusulas administrativas.

Así, esos requerimientos documentales siguen la dirección marcada por Sentencias como la del TJUE de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01), que considera contrario al derecho europeo que se utilicen criterios de adjudicación que no vayan acompañados de requisitos que permitan un control efectivo de la exactitud de la información contenida en las ofertas, referencia de la que cabe destacar la mención a que permita un control “efectivo”.

En este punto también es relevante referirse a otra de las alegaciones de los recurrentes, como es el incumplimiento del deber formal establecido a los licitadores en el PCAP de limitarse a un número máximo de páginas en su oferta. La adjudicataria en sus alegaciones considera que:

“El apartado 6.2 b) del PCAP no indica el número máximo total de páginas admitidas en la oferta, lo que sí indica es el número máximo de páginas en cada uno de los apartados objeto de valoración, no superándose en nuestra oferta en ninguno de dichos apartados.

Tampoco tendría acogida el anterior motivo en tanto en cuanto, los Anexos a los que hace referencia en el recurso no son “valorables”, y en ningún caso serían objeto de exclusión de la oferta ya que no viene especificado así en los Pliegos”

La doctrina de los Tribunales administrativos de contratación determina que en estos supuestos la obligatoriedad en el cumplimiento de los pliegos como ley del contrato y el principio de igualdad entre todos los licitadores se debe ponderar con el principio de proporcionalidad (por todas, la resolución 60/2018 del Tribunal de recursos contractuales de la Junta de Andalucía).

En todo caso, por ejemplo la resolución 866/2016 del TACRC ya señala, como punto de partida, que *“admitir una extensión mayor de la fijada en los pliegos utilizando la vía de la remisión a unos Anexos supondría y permitiría una descripción de la oferta mucho más extensa y detallada, lo cual sí hubiese supuesto un trato desigual”*.

Examinada la documentación presentada por la adjudicataria, resulta que en el apartado referido a los “otros componentes del equipo técnico” las 15 páginas máximas a valorar recogen exclusivamente la declaración del delegado de la empresa licitadora respecto a cada uno de los miembros del equipo, por lo que toda la documentación incorporada como anexo supera ya ampliamente el límite máximo de páginas establecido en el PCAP.

Por lo tanto, tal como hace el TACRC, también aquí existe una problemática relevante en la oferta de la adjudicataria, por la superación de la limitación establecida mediante la suma de anexos que incluyan, precisamente, la documentación a valorar. Así, en este caso, resulta que es precisamente en este anexo en el único lugar de la oferta técnica donde consta el currículum del personal ofertado, lo que limita de facto la documentación objeto de valoración exclusivamente a la declaración del delegado de la empresa licitadora, por lo que también por este camino se llega a la conclusión que inmediatamente describiremos.

En definitiva, tras el análisis de las diversas problemáticas descritas sobre la oferta presentada por el adjudicatario, procede a juicio de este Tribunal estimar este motivo de recurso y concluir que la documentación presentada por la UTE Eptisa-Aceraq correspondiente al criterio de valoración del punto 1 referido al conjunto del “equipo a adscribir” no se ajustó a lo exigido por el pliego de cláusulas administrativas y no debió ser objeto de valoración por el órgano de contratación.

Teniendo en cuenta que este recurso está sometido en cuanto a su tramitación y resolución a la LCSP, y por lo tanto a su artículo 57, que no recoge lo antes contenido en el apartado 2 del artículo 47 TRLCSP, procede deducir de la puntuación total obtenida por la UTE Eptisa- Aceraq los 25 puntos correspondientes a este apartado,

debiendo la mesa de contratación formular una nueva propuesta de adjudicación a quien corresponda, como resultado exclusivamente de dicha operación de resta.

Respecto al último motivo del recurso presentado, referido a otros aspectos valorados por el órgano de contratación, estos entran dentro de la discrecionalidad técnica, sin que se aporten elementos que puedan hacer entender que se excedió de la misma, que se incurrió en arbitrariedad u otra institución invalidante a efectos de la dimensión revisora a la que puede llegar este Tribunal. Del mismo modo, no le corresponde a este TACGAL dilucidar lo recogido en las alegaciones de la adjudicataria respecto del contenido técnico de la oferta de los recurrentes.

Igualmente indicar que no se puede aceptar, por suponer una interpretación excesiva de la limitación de los propios actos, que, en contra de lo alegado por la adjudicataria, el hecho de que los licitadores participaran en otras licitaciones con pliegos equivalentes les impida la presentación de este recurso especial.

Y, por último, respecto al incumplimiento del deber de confidencialidad también alegado por la adjudicataria, señalar que el art. 52 LCSP establece que

“si el interesado desea examinar el expediente de contratación antes de interponer el recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la ley”.

Vulneración de límites que la adjudicataria no acredita y que tampoco procede valorar a este Tribunal, pues el trámite del artículo 52.3 es para el recurrente al que se le había denegado indebidamente el acceso.

Por todo el anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Estimar parcialmente** el recurso interpuesto por E.G.F. y M.C.G. contra el acuerdo de adjudicación de la licitación del contrato del servicio consistente en la dirección de ejecución de las obras de adaptación del complejo del antiguo hospital general como futura ciudad de la justicia de Vigo (Fase II), nº expediente 2018-SESE 06– PL, dictado por la Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia, y, en consecuencia, anular dicho acto y retrotraer el procedimiento, debiendo

el órgano de contratación proceder a una nueva adjudicación según lo fijado en el fundamento jurídico último de esta resolución.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento a esta resolución.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.