RE 063/2015

Acuerdo 74/2015, de 15 de julio de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por TÉCNICAS VALENCIANAS DEL AGUA S.A. frente a su exclusión en la licitación del contrato denominado «Contrato de obra pública para la redacción de proyectos, construcción y explotación de las infraestructuras necesarias para la depuración de las aguas residuales de la zona 10-B, del plan especial de depuración que incluye los núcleos de Aguaviva, Cantavieja, Castellote, Castelserás, La Iglesuela del Cid, Mas de las Matas y Valdeagorfa (Teruel)», convocado por el Instituto Aragonés del Agua .

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 21 de marzo de 2015 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento de adjudicación denominado «Concesión de obra pública para redacción de proyectos, construcción y explotación de las infraestructuras necesarias para la depuración de aguas residuales de la zona 10-B », promovido por el Instituto Aragonés del Agua, contrato de concesión de obra pública sujeto a regulación armonizada, procedimiento abierto con admisión de variantes, con varios criterios de adjudicación, con un valor estimado de 44 832 964 , 84 IVA excluido.

La cláusula 14 a) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que rige la licitación establece la documentación administrativa que ha de contener el sobre Uno, que exige para acreditar la solvencia, la exhibición del correspondiente documento de compromiso de adscripción de medios en los siguientes términos:

> ***«ANEXO III***
>
> ***COMPROMISO DE ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS***
>
> *Todos los licitadores, nacionales y extranjeros, además de acreditar su solvencia o, en su caso clasificación, deberán acreditar el compromiso de adscripción de los siguientes medios, como criterio de solvencia, a efectos de la admisión en el procedimiento de adjudicación del contrato:*
>
> *Compromiso de adscripción de medios personales:*
>
> — *Jefe de Explotación (para la fase de explotación): titulado superior o medio con al menos dos años de experiencia en explotación de depuradoras.*
> — *Jefe de Obra: Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos o Industrial con experiencia de al menos tres años en obra pública de tipo hidráulica».*

SEGUNDO.- En el procedimiento convocado presentaron propuestas varios licitadores, entre ellos la mercantil TÉCNICAS VALENCIANAS DEL AGUA S.A. (en adelante TECVASA). La Mesa de contratación, en sesión celebrada el día 26 de mayo de 2015, procedió a la apertura y calificación de la documentación administrativa (Sobre 1), presentada por los licitadores, y advirtió deficiencias y omisiones subsanables en varios de ellos, para lo cual les requirió, a los efectos de subsanación, otorgándoles un plazo de cinco días naturales a contar desde el 27 de mayo.

En particular, la Mesa de contratación le comunicó a la recurrente, mediante fax remitido el 27 de mayo de 2015, entre otras, las siguientes incidencias relativas al compromiso de adscripción de medios personales observadas en su documentación administrativa, concediéndole el citado plazo de subsanación:

- *«En cuanto al **Jefe de Explotación** — Falta en el sobre 1 propuesta y el correspondiente curriculum vitae, experiencia 2 años en explotación de depuradoras.*
- *En relación con el **Jefe de Obra** — Falta propuesta y el correspondiente curriculum vitae. Experiencia en ejecución de obra pública de tipo hidráulica de 3 años.*

Dentro del plazo concedido, la recurrente presenta documentación de subsanación con fecha 1 de junio de 2015.

TERCERO.- En sesión de la Mesa de contratación celebrada el 11 de junio de 2015, y a la vista de la subsanación presentada, se acuerda la exclusión de TECVASA del procedimiento, por considerar que respecto a la persona designada como Jefe de Explotación, *«Falta en el sobre 1 el correspondiente curriculum vitae, experiencia 2 años en explotación de depuradoras. (En el C.V. presentado no se refleja el requisito indispensable de experiencia de 2 años en explotación depuradoras»*, y en consecuencia, deja sin abrir el sobre número Dos con la documentación presentada por TECVASA.

El acuerdo de exclusión se notificó a TECVASA con fecha 15 de junio por la causa antedicha, dándoles la posibilidad de presentar recurso especial en materia de contratación en el plazo de 15 días hábiles contados desde el siguiente a aquel en que recibieran la notificación.

CUARTO.- Con fecha 18 de junio de 2015, D. Javier Olmos Fernández-Corugedo, en nombre y representación de TECVASA, presenta en el

registro del Instituto Aragonés del Agua anuncio previo a la interposición del recurso especial en materia de contratación. Dicho recurso se interpone, el 24 de junio de 2015, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 11 de junio de 2015, por el que se excluye a la mercantil de la licitación.

El recurso alega, en síntesis, lo siguiente:

a) Que la jurisprudencia interpreta de forma flexible y favorable a la no exclusión, la acreditación del cumplimiento de los requisitos, evitando la interpretación demasiado estricta de apreciaciones iniciales de defectos no sustanciales.
b) Que la documentación por la que su representada ha sido excluida (compromiso de adscripción de medios personales) se encuentra fehacientemente acreditada en el sobre número Dos considerando que con su apertura quedarían disipadas las dudas.
c) Asimismo solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación, por los perjuicios que pudieran derivarse de su continuación tanto como para la Administración como para la recurrente.

No obstante, según reconoce la empresa recurrente en su recurso, se acompaña una versión desfasada del currículum vitae del Jefe de Explotación, en la cual no se refleja la experiencia requerida en el Pliego (Experiencia mínima de 2 años en explotación de depuradoras).

QUINTO.- El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, con fecha 25 de junio de 2015, reclama el expediente correspondiente al Instituto Aragonés del Agua, para que lo remita en el plazo de dos

días hábiles a contar desde el día siguiente a la fecha de recepción del requerimiento.

El día 29 de junio de 2015, el Instituto Aragonés del Agua remite al Tribunal administrativo la documentación exigida legalmente y el informe preceptivo en cumplimiento de los artículos 40 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP).

SEXTO.- Con fecha 26 de junio de 2015, mediante Resolución 17/2015, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resuelve la petición de suspensión del procedimiento de forma favorable.

El día 30 de junio, el Tribunal da traslado del recurso al resto de licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46. 3 TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Dicho plazo transcurre sin que se reciban alegaciones.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de TECVASA, para interponer recurso especial, y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que

determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato concesión de obra publica sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP, y el recurso se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- La cuestión de fondo que procede analizar es la adecuación de la exclusión de la empresa TECVASA del procedimiento de licitación, por no acreditar el compromiso de adscripción de medios personales, según lo establecido en los artículos 64 y 151.2 TRLCSP, puesto todo ello en relación con lo exigido en el Anexo III del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

El recurrente fundamenta su recurso, sobre la base de una interpretación flexible y favorable a la no exclusión, que realiza la jurisprudencia en cuanto a la acreditación del cumplimiento de los requisitos, evitando la interpretación demasiado estricta de apreciaciones iniciales de defectos no sustanciales. Así como, sobre la afirmación de que *«la documentación por la que su representada ha sido excluida (compromiso de adscripción de medios personales) se encuentra fehacientemente acreditada en el sobre número Dos»*, y la consideración de que con su apertura quedarían disipadas las dudas.

Lo cierto, sin embargo, es que la Cláusula 14.11 del PCAP apartado 6º, establece respecto al contenido del sobre "uno", lo siguiente:

«[…] 6º *Solvencia económica, financiera y técnica.*

Las personas naturales o jurídicas que pretendan contratar con la Administración deberán acreditar su solvencia económica, financiera y técnica por los medios que se especifiquen en el anuncio de licitación y en el presente Pliego (Anexo II). La solvencia se acreditará según los

criterios fijados en dicho Anexo. Los licitadores que no cumplan con los requisitos mínimos de solvencia expresados en dicho anexo serán rechazados.

Además deberán completar su solvencia mediante el compromiso de adscribir a la ejecución del contrato los medios que se describen en el Anexo III. La acreditación de este compromiso de adscripción de medios operará a todos los efectos como criterio de solvencia y, consecuentemente, de selección de las empresas, de manera que los licitadores que no justifiquen de la forma requerida esta adscripción serán igualmente rechazados».

La empresa TECVASA incumplió las obligaciones de presentación del compromiso de adscripción de medios, por lo que fue requerida de subsanación, de conformidad con cuanto dispone el artículo 22 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP).

El artículo 22 RGLCAP, prevé, en caso de requerimiento de subsanación por parte del órgano de contratación, un plazo máximo improrrogable de 5 días naturales —trámite que se concedió igualmente según se acredita en los antecedentes, a las otras dos empresas que presentaron la documentación defectuosa en el sobre "uno"— para aportar la documentación cuya subsanación se requiere. El resto de las empresas requeridas, subsanaron adecuadamente las deficiencias en plazo, según se refleja en el certificado de la presidenta de la Mesa. La recurrente, por el contrario, no sólo no subsanó, sino que la documentación aportada por TECVASA, en dicho plazo y trámite, consistía en un currículum "desfasado", según se reconoce en el propio escrito de recurso, del Jefe de Explotación, donde no se acreditaba la

experiencia requerida en el pliego, por lo cual la Mesa de contratación, acordó su exclusión.

Para este Tribunal administrativo resulta clara la aplicación del principio universal «*Nemo auditur propiam turpitudinem allegans*», según el cual, nadie puede alegar en su favor su propia torpeza o culpa, y por tanto, si la entidad recurrente reconoce que «*no obstante, desgraciadamente de forma involuntaria los trabajadores en su premura no se percataron que acompañaban una versión antigua no actualizada del currículo vital del Jefe de explotación*…» no puede entonces posteriormente invocar su propia culpa o negligencia.

Y es que, aún cuando se puede argüir, y así lo hace el recurrente, la interpretación antiformalista, flexible y favorable a la no exclusión, que realiza la jurisprudencia, en cuanto a la acreditación del cumplimiento de los requisitos de admisión, evitando una interpretación demasiado estricta respecto de defectos no sustanciales; esa interpretación antiformalista de la exigencia de los requisitos de admisión, tiene y guarda como limite, los supuestos de culpa, torpeza o falta de diligencia del licitador, que afectan y atentan contra la finalidad del procedimiento y los principios de igualdad de trato que lo inspiran (por todas, STJUE de 16 de septiembre de 2013).

Procede, en consecuencia, desestimar este motivo del recurso.

TERCERO.- La recurrente manifiesta también, y lo alega como motivo de recurso, que la documentación que acredita suficientemente la experiencia profesional del Jefe de Obra se halla en el sobre "dos", a disposición de la Administración contratante, quien podría comprobarlo una vez abierto.

No es posible admitir tal argumentación, y debe ser rechazada de plano, por dos razones básicas. La primera porque incumple directamente cuanto dice y requiere el PCAP, que es la *lex contractus*. En cuanto a la apertura del sobre "dos", se establece en el apartado 15.2.1 del PACP que:

«*Posteriormente, en un plazo no superior a 7 días a contar desde la apertura de los Sobres nº UNO y en acto público, se procederá a la apertura de los sobres DOS de aquellas ofertas que se hayan ajustado a los criterios de admisión conforme a lo establecido en la cláusula anterior, al objeto de evaluar su contenido con arreglo a los criterios expresados en el Anexo V*».

La Mesa de contratación, no podía abrir el sobre "dos" ni con anterioridad al acto público señalado para la apertura del resto de las proposiciones, ni tampoco en el mismo acto, al poder procederse únicamente a la apertura de las ofertas que se ajustaran a los criterios de admisión; porque incumpliría el PCAP.

La segunda, como señala el Informe de la Presidenta de la Mesa de Contratación del Instituto Aragonés del Agua, que lleva fecha de 29 de junio de 2015, la pretensión o posibilidad de abrir el sobre "dos" de la empresa excluida, con posterioridad al acto público de apertura, una vez vencido el plazo concedido para la subsanación de la documentación, infringe los principios de igualdad entre los candidatos y transparencia que informan la contratación en el sector público, según recoge el artículo 1 TRLCSP.

Procede, en consecuencia, desestimar este motivo del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP, y en los artículos 2, 17 y siguientes,

de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial, presentado por D. Javier Olmos Fernández-Corugedo, en nombre y representación de TÉCNICAS VALENCIANAS DEL AGUA S.A., contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 11 de junio de 2015, por el que se le excluye de la licitación del contrato denominado denominado «Concesión de obra pública para redacción de proyectos, construcción y explotación de las infraestructuras necesarias para la depuración de aguas residuales de la zona 10-B», promovido por el Instituto Aragonés del Agua.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión acordada por Resolución 17/2015, de 26 de junio de 2015, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar

desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.