



Recurso nº 413/2018

Resolución nº 582/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 12 de junio de 2018

VISTA la reclamación interpuesta por D. I.B.P., en nombre y representación de la UTE formada por las mercantiles: HIDTMA, S.L., GEOTECNIA, HIDROGEOLOGÍA Y MEDIOAMBIENTE, S.L.P., y SERGEYCO ANDALUCIA, S.L., contra la resolución por la que se tiene por retirada su oferta cuando había sido propuesta como adjudicataria del contrato de *“Asistencia Técnica para la elaboración del estudio ambiental estratégico y sus estudios ambientales específicos definidos en el documento de alcance de la evaluación ambiental estratégica del Plan directos de infraestructuras del Puerto Bahía de Algeciras”*, Expediente: 2017-021, licitado por la Autoridad Portuaria de la Bahía de Algeciras, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Autoridad Portuaria de la Bahía de Algeciras (en adelante, APBA) ha tramitado, a través de la Presidencia de la Autoridad Portuaria de la Bahía de Algeciras, el procedimiento para la licitación del contrato de *“Asistencia Técnica para la elaboración del estudio ambiental estratégico y sus estudios ambientales específicos definidos en el documento de alcance de la evaluación ambiental estratégica del Plan directos de infraestructuras del Puerto Bahía de Algeciras”*, Expediente: 2017-021.

El contrato no se divide en lotes.

El valor estimado del contrato es de 680.000,00€, IVA excluido.



Se publicó la licitación del expediente referenciado en el Suplemento al Diario Oficial de la Unión Europea (TED) el día 24 de mayo de 2017, en el Boletín Oficial del Estado el 29 de mayo de 2018 y en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 25 de mayo de 2018.

Segundo. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en el 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), y demás normativa complementaria de aplicación.

Tercero. Según certificado emitido por el órgano de contratación, en fecha 13 de julio de 2017 se habían presentado ofertas por los siguientes licitadores:

- AECOM URS ESPAÑA, S.L.
- UTE HIDTMA, S.L., GEOTECNIA, HIDROGEOLOGÍA Y MEDIOAMBIENTE, S.L.P., y SERGEYCO ANDALUCIA, S.L.
- SGS ESPAÑOLA DE CONTROL, S.A.
- UTE TECNOAMBIENTE, S.L., y MC VALNERA, S.L.

Cuarto. En la presente licitación es objeto de reclamación la resolución de 23 de marzo de 2018, dictada por el Presidente de la APBA, por la cual se tiene por retirada la oferta de la UTE compuesta por las mercantiles HIDTMA, S.L., GEOTECNIA, HIDROGEOLOGÍA Y MEDIOAMBIENTE, S.L.P., y SERGEYCO ANDALUCIA, S.L., al no haber presentado los documentos necesarios para la adjudicación del contrato en plazo, una vez que se había realizado la propuesta de adjudicación a su favor.

Esta resolución se dictó después de que se hubiera requerido a la UTE a fin de que aportara la documentación necesaria para poder resultar adjudicataria del contrato, pues su proposición había sido la mejor valorada, y en consecuencia, había sido propuesta como adjudicataria.

La UTE había presentado una declaración responsable en el sobre 1 de su proposición, por lo que debía presentar toda la documentación relativa, entre otros aspectos, a los requisitos de aptitud en el caso de que se realizara la propuesta de adjudicación a su favor.



Hay que añadir además, que a la primera aportación de documentación se añadió una segunda, pues el órgano de contratación estimó insuficiente la documentación presentada, por lo que mediante escrito de 11 de diciembre de 2017 había requerido a la UTE para la subsanación de los documentos acreditativos de la solvencia técnica.

La resolución de la Presidencia de la APBA hace suya la propuesta acordada por la mesa de contratación adoptada su sesión de 15 de febrero de 2018, considera retirada la oferta e incauta la garantía provisional constituida por la UTE licitadora.

Quinto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 105.2 de la LCSE, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

Por el órgano de contratación se dio plazo al resto de licitadores a fin de que pudieran formular alegaciones, sin que ningún otro licitador participe del procedimiento lo haya verificado así.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la LCSE puesto en relación con el artículo 41.3 y 4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

Segundo. Teniendo presente el artículo 101 de la LCSE, y dado que nos encontramos ante un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

A su vez, es objeto de recurso la resolución del órgano de contratación por la que se determina la exclusión de la UTE recurrente, por no haber presentado toda la documentación necesaria para ser adjudicatario del contrato tras haber sido requerido al efecto. Dado que se trata de un acto de trámite que impide la continuación del



procedimiento para los recurrentes, el mismo es impugnado conforme al artículo 44.2.b) de la LCSP.

Por todo ello, el objeto de la reclamación se ha configurado correctamente.

Tercero. En cuanto a la legitimación, el recurrente ha sido partícipe en el procedimiento de licitación, por lo que ostenta un interés concreto y preciso conforme al artículo 102 de la LCSE.

Cuarto. La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal del artículo 104.2 de la LCSE, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acuerdo impugnado y la presentación del recurso.

Quinto. En cuanto al fondo de la reclamación, el mismo se dirige a impugnar la resolución de 23 de marzo de 2018, dictada por el Presidente de la APBA, por la que se asumió la propuesta elevada por la mesa de contratación, tomada en su sesión de 15 de febrero de 2018. En dicha resolución y por lo que aquí interesa, la Presidencia de la APBA acordó dejar sin efecto la propuesta de adjudicación a favor de la UTE recurrente por considerar retirada su oferta, e incautarle, en consecuencia, la garantía provisional constituida. Sobre eset último aspectop, la UTE recurrente solicita, subsidiariamnete, que se le devuelva la garantía contituida.

El órgano de contratación se ha remitido en su informe de la reclamación a la resolución de exclusión y al informe técnico que le sirvió de fundamento.

La discusión planteada por los recurrentes se centra la determinación del cumplimiento de los requisitos de solvencia técnica.

La solvencia técnica exigida se determina en la cláusula 10 del PCAP. Siendo varios los puntos discutidos sobre la justificación de la solvencia técnica de la UTE recurrente, consideramos procedente transcribir en este punto la cláusula completa:



“Relación de los principales servicios realizados en los últimos cinco años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes.

Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

Los certificados deberán cumplir:

Estudio de impacto ambiental. El número de referencias deberá ser de un mínimo de 6, de las cuales al menos 2 deberán ser de planes o programas portuarios o proyectos y al menos 3 deberán involucrar espacios naturales protegidos Red Natura 2000 y especies protegidas. Para la cumplimentación de este requisito será imprescindible la presentación de la oportuna certificación expedida por el organismo contratante de los trabajos. El extremo relativo a la Red Natura y especies protegidas, mediante declaración responsable adjunta del licitador.

Se exige que el importe anual acumulado sin incluir impuestos en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 % del valor estimado del contrato o de su anualidad media si esta es inferior al valor estimado del contrato, en servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato.

A efectos de determinar la correspondencia entre los servicios ejecutados por el empresario y los que constituyen el objeto del contrato, cuando exista clasificación aplicable a este último se atenderá a la pertenencia al mismo subgrupo de clasificación de unos y otros, y en los demás casos a la igualdad entre los dos primeros dígitos de sus respectivos códigos CPV.

En el caso de Uniones Temporales de Empresa será suficiente que una de las empresas cuente con la experiencia requerida.

Capacitación del personal

El personal deberá contar con experiencia para este tipo de trabajos para la administración pública y/o actividades privadas y con titulaciones superiores en materia relacionada con el objeto del contrato, con experiencia demostrada mínima de dos años, en los últimos cinco, en trabajos similares.

Será necesaria la presentación del CV actualizado y las titulaciones académicas y profesionales del personal responsable de la ejecución del contrato.

En relación con los apartados anteriores, no tendrá validez la información no acreditada documentalmente.

Las experiencias de los profesionales serán válidas tanto en consultorías como en entidades del sector público y/o privado (a nivel nacional e internacional).

La empresa adjudicataria de los trabajos de Asistencia Técnica para realizar los estudios ambientales deberá contar con un equipo propio y/o con colaboradores que posean la capacidad técnica suficiente de conformidad con las normas sobre cualificaciones profesionales y de la educación superior, y tendrán la calidad necesaria para cumplir las exigencias de este tipo de trabajos, conforme al Art. 16 de la Ley 21/2013. Para ello, los estudios y documentos ambientales mencionados deberán identificar a su autor o autores indicando su titulación y, en su caso, profesión regulada. Además, deberá constar la fecha de conclusión y firma del autor.

Los autores de los citados documentos serán responsables de su contenido y de la fiabilidad de la información, excepto en lo que se refiere a los datos recibidos de la administración de forma fehaciente."

Pasamos a continuación al examen concreto de los diferentes puntos de reclamación:

A. Requisito 5. Servicios de los últimos cinco años y sus certificados.



Empezaremos por el primer punto que se invoca en el reclamación, que es el relativo a la acreditación de los trabajos realizados en los últimos cinco años, apartado calificado por el informe del servicio técnico de la APBA como “requisito 5”.

Como hemos visto, el PCAP exige a los licitadores que aporten una relación de los principales servicios realizados en los últimos cinco años que incluyan importes, fechas y el destinatario público o privado del servicio. Tales servicios o trabajos se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

Además, los licitadores deberían aportar un mínimo de seis certificados de estudios de impacto ambiental, de los cuales al menos dos deberían ser de planes o programas portuarios o proyectos, y al menos tres deberían involucrar espacios naturales protegidos Red Natura 2000 y especies protegidas. Para la cumplimentación de este requisito era imprescindible la presentación de la oportuna certificación expedida por el organismo contratante de los trabajos; y el extremo relativo a la Red Natura y especies protegidas, se justificaría mediante declaración responsable adjunta del licitador.

Pues bien, en un primer momento, la unidad técnica de la APBA, examinada la documentación presentada, consideró en su informe de 11 de diciembre de 2017, que asumió posteriormente la mesa, que de todas las referencias certificadas y válidas, *“sólo 4 de ellas podrían considerarse Estudios de impacto ambiental relacionados con el sector portuario, cuyas referencias pertenecen a HITDMA. En cuanto al “extremo relativo a la Red Natura y especies protegidas”, no han adjuntado las declaraciones responsables requeridas. Por tanto, no puede considerarse cumplido de este requisito”*.

Tras la subsanación llevada a cabo por la UTE, la unidad técnica, en un informe complementario de 10 de enero de 2017, consideró de nuevo no justificado este requisito de solvencia, aunque sí dio por cumplido el extremo relativo a que los trabajos realizados



y certificados deberían involucrar espacios naturales protegidos Red Natura 2000 y especies protegidas.

En concreto, el informe técnico mantuvo parcialmente su calificación de la documentación presentada por HIDTMA, advirtiéndole que la documentación fue la misma, no habiéndose presentado nuevos documentos. Sí que admitió la mesa que uno de los nuevos documentos presentados cumplía con las exigencias de los pliegos. Por ello, si en un momento inicial se consideró que la UTE sólo había aportado cuatro referencias certificadas y válidas, ahora consideraba que había cinco referencias certificadas y válidas, siendo aun así insuficientes, pues se reclamaban seis referencias certificadas de servicios de estudios de impacto ambiental.

Frente a ello, los recurrentes entienden que al menos tres de los trabajos no considerados aptos por la comisión técnica sí que son válidos para justificar la solvencia técnica.

Vistos los planteamientos expuestos, hemos de reiterar la doctrina sostenida por este Tribunal en reiteradas ocasiones. Valga como ejemplo la Resolución 1128/2017, de 24 de noviembre, en la que dijimos: *“...dado que nos encontramos ante apreciaciones que tienen un componente técnico y no solo jurídico, en el examen de ese componente técnico hay una discrecionalidad a la que es aplicable el criterio que hemos manifestado en numerosas ocasiones, en cuanto a la apreciación de los aspectos técnicos de las ofertas, en el sentido de que la revisión de este Tribunal ha de contraerse exclusivamente a si se ha producido error manifiesto, arbitrariedad o discriminación, sin entrar por tanto en polémicas técnicas entre la recurrente y el órgano técnico para las que nuestro análisis jurídico no está capacitado.”*

En el presente caso, existe una apreciación técnica por parte del órgano de contratación que no puede ser suplantada por este Tribunal, salvo que se justifique un error manifiesto, arbitrariedad o discriminación.

El recurrente no ha justificado la concurrencia de ninguna de estas circunstancias, lo que nos lleva a aceptar el criterio de la Administración, que se encuentra amparada por la presunción de acierto. Por tanto, no habiendo presentado todos los elementos de solvencia, se considera que la exclusión es ajustada a Derecho.



B. Requisito 6. Umbral económico del 70% del valor estimado.

A la vista de la desestimación del primer motivo, no sería necesario el conocimiento del resto de motivos. No obstante, y a meros efectos dialécticos, procederemos a continuación a dar una respuesta somera a las cuestiones planteadas.

El PCAP exigía el siguiente requisito a fin de concretar la solvencia requerida:

“Se exige que el importe anual acumulado sin incluir impuestos en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 % del valor estimado del contrato o de su anualidad media si esta es inferior al valor estimado del contrato, en servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato.

A efectos de determinar la correspondencia entre los servicios ejecutados por el empresario y los que constituyen el objeto del contrato, cuando exista clasificación aplicable a este último se atenderá a la pertenencia al mismo subgrupo de clasificación de unos y otros, y en los demás casos a la igualdad entre los dos primeros dígitos de sus respectivos códigos CPV.”

La discusión en el presente punto deriva del hecho de que los certificados admitidos por la mesa de contratación a fin de verificar la solvencia técnica de la UTE recurrente no han superado el segundo umbral necesario, es decir, el relativo a la cuantificación económica de los servicios prestados como experiencia previa acreditada.

A este respecto, para dirimir la controversia suscitada, resulta conveniente traer aquí los razonamientos efectuados por la unidad técnica de la APBA, contenidos en su segundo informe de 10 de enero de 2018 (entendemos que erróneamente consta 2017 en el informe), en el que completa su análisis inicial:

“En el informe anterior de esta Comisión Técnica de fecha 11/12/2017, respecto a este punto se especificaba lo siguiente:

“Debido a que no se han acreditado todos los trabajos por parte de ninguno de los integrantes de la UTE, y a que el listado de GEHYM carece de datos de facturación y

periodo de ejecución de los trabajos, resulta complicado analizar el cumplimiento de este requisito.

No obstante, se han realizado los cálculos con los datos disponibles que pueden ser tenidos en consideración por cumplir con el Código CPV principal 71313440-1. Servicios de Evaluación de Impacto Ambiental.

Para realizar el cálculo se ha considerado lo siguiente:

- *Para aquellos proyectos ejecutados en más de un año, se ha calculado la anualidad media del importe en los años especificados en el listado de referencias.*
- *Dado que existen referencias en los listados que no coinciden en cantidad, fechas y título, con lo que figura en los certificados, se han considerado los importes acreditados en los certificados; mientras que los periodos de ejecución considerados han sido los del listado de referencias.*
- *Cuando el título del trabajo que figura en los certificados no coincide con el indicado en el listado de referencias, solo se ha considerado el trabajo cuyo título es semejante al que aparece en el listado de referencias y no da a confusión en cuanto a su alcance. Aunque difícilmente el alcance temporal de uno de los estudios listados puede abarcar de 2005-2013, como se comentó anteriormente, para el cálculo se ha tenido en cuenta su anualidad media.*
- *Se ha considerado que los importes de los trabajos referenciados no incluyen el IVA. Aplicados estos criterios, el resultado obtenido figura en la siguiente tabla:*

Año	Importes de los trabajos acreditados (€)
2012	24.166,67
2013	71.166,67
2014	0,00
2015	33.000,00
2016	29.000,00
2017	0,00



En ningún año se alcanza el valor especificado en el pliego en cuanto a que "el importe anual acumulado sin incluir impuestos en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 % del valor estimado del contrato o de su anualidad media si esta es inferior al valor estimado del contrato, en servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato".

En la documentación ahora presentada argumentan que cualquier trabajo que pudiera tener relación con el Medio Ambiente, debe ser considerado como servicios de similar o igual a los que constituyen el objeto del contrato.

Obviamente, ello implicaría que cualquier "parte" pudiera equivaler erróneamente al "todo". Para evaluar este requisito se ha tenido presente:

Que el Pliego de Condiciones Particulares del concurso estipula que:

"a efectos de determinar la correspondencia entre los servicios ejecutados por el empresario y los que constituyen- el objeto del contrato, cuando exista clasificación aplicable a éste último, se atenderá a la pertenencia del mismo subgrupo de clasificación de unos y otros, y en los demás casos a la igualdad entre los dos primeros dígitos de sus respectivos códigos CPV".

Como en este caso no existe clasificación del contratista, se han considerado válidos para los cálculos aquellos trabajos que coinciden con el Código CPV principal 71313440-1. Servicios de Evaluación de Impacto Ambiental, establecido así en el anuncio del concurso publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea DO/S S99, 24/05/2017, 196867-2017-ES.

Adicionalmente, para identificar el concepto de Evaluación ambiental, procede acudir a lo estipulado en el art. 5 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental:

"procedimiento administrativo instrumental respecto del de aprobación o de adopción de planes y programas, así como respecto del de autorización de

proyectos o, en su caso, respecto de la actividad administrativa de control de los proyectos sometidos a declaración responsable o comunicación previa, a través del cual se analizan los posibles efectos significativos sobre el medio ambiente de los planes, programas y proyectos. La evaluación ambiental incluye tanto la «evaluación ambiental estratégica» como la «evaluación de impacto ambiental».

Cálculo:

Para realizar los cálculos económicos referidos a este requisito, se han tenido en cuenta las siguientes hipótesis:

- *Para aquellos proyectos que se ejecutan en más de un año, se ha procedido a realizar una media aritmética del importe en los años especificados y acreditados en los certificados.*
- *Además de los trabajos descritos anteriormente y claramente identificados como Estudios de Impacto Ambiental se ha incluido, como única referencia adicional de todas las aportadas, el importe del trabajo Informe Ambiental de la nueva traza del acceso ferroviario sur al puerto de Castellón, por entenderse que, si bien no es un Estudio de Impacto Ambiental a los efectos de cumplimiento del Requisito 5, se puede considerar que supone un procedimiento administrativo instrumental de menor envergadura, admisible como servicio de evaluación de impacto ambiental, contemplado como válido para el cumplimiento del Requisito 6.*

Aplicados estos criterios, el resultado obtenido figura en la siguiente tabla:

Año	Importes sin IVA
2012	16.667 €
2013	29.667 €
2014	41.500 €
2015	16.500 €
2016	45.500 €
2017	30.900 €



En ningún año se alcanza el valor especificado en el pliego en cuanto a que "el importe anual acumulado sin incluir impuestos en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 % del valor estimado del contrato o de su anualidad media si esta es inferior al valor estimado del contrato, en servicios de igualo similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato" (476.000 € = 0.7x680.000 €)."

En este punto, la redacción del PCAP era clara en el sentido de exigir los certificados correspondientes, motivo por el cual los licitadores debían cumplir ese requisito.

Asumido el criterio técnico de la Administración en cuanto a los certificados de los recurrentes que eran válidos para justificar la solvencia técnica, hemos de aceptar igualmente los criterios cuantitativos. Los trabajos válidamente certificados fueron insuficientes a efectos cualitativos, y por tanto, no puede estimarse justificada la solvencia técnica tampoco desde el punto de vista cuantitativo, por no sumar los cinco certificados válidos el importe necesario.

C. Requisito 7. Capacitación del personal que ha de ejecutar el contrato.

El último punto discutido, es el relativo a la justificación de la capacidad técnica del personal que se exigía en los pliegos para acreditar la solvencia técnica. En concreto, el PCAP señalaba:

"Capacitación del personal"

El personal deberá contar con experiencia para este tipo de trabajos para la administración pública y/o actividades privadas y con titulaciones superiores en materia relacionada con el objeto del contrato, con experiencia demostrada mínima de dos años, en los últimos cinco, en trabajos similares.

Será necesaria la presentación del CV actualizado y las titulaciones académicas y profesionales del personal responsable de la ejecución del contrato.

En relación con los apartados anteriores, no tendrá validez la información no acreditada documentalmente.



Las experiencias de los profesionales serán válidas tanto en consultorías como en entidades del sector público y/o privado (a nivel nacional e internacional).

La empresa adjudicataria de los trabajos de Asistencia Técnica para realizar los estudios ambientales deberá contar con un equipo propio y/o con colaboradores que posean la capacidad técnica suficiente de conformidad con las normas sobre cualificaciones profesionales y de la educación superior, y tendrán la calidad necesaria para cumplir las exigencias de este tipo de trabajos, conforme al Art. 16 de la Ley 21/2013. Para ello, los estudios y documentos ambientales mencionados deberán identificar a su autor o autores indicando su titulación y, en su caso, profesión regulada. Además, deberá constar la fecha de conclusión y firma del autor.

Los autores de los citados documentos serán responsables de su contenido y de la fiabilidad de la información, excepto en lo que se refiere a los datos recibidos de la administración de forma fehaciente.”

La mesa de contratación, asumiendo los informes técnicos, consideró que no se había justificado suficientemente este aspecto. En concreto, se indicaba en el informe técnico:

“Respecto a este apartado, el informe anterior de esta Comisión Técnica de fecha 11/12/2017, especificaba lo siguiente:

“Presentan una relación conjunta del personal que intervendrá en el estudio, con los siguientes datos:

- *Nombre y apellidos*
- *Titulación*
- *Empresa*
- *Designación*
- *Cargo*
- *Dedicación*
- *Tiempo (en meses)*

Adicionalmente presentan compromisos de colaboración con las empresas Analsur y AL. Embarcaciones Popeye, para el uso de sus embarcaciones y compromisos de colaboración con la Universidad de Cádiz y la empresa TANIT para los trabajos relacionados con el Patrimonio Cultural y Medio Ambiente Marino.

No se ha acreditado documentalmente la “experiencia demostrada mínima de dos años, en los últimos cinco, en trabajos similares”.

Han adjuntado los CV de las doce personas pertenecientes a la UTE. Las titulaciones académicas y profesionales, en ocho de los casos han sido aportadas mediante copias simples, no compulsadas.”

En la documentación presentada por la UTE el 21/12/17:

La empresa HITDMA presenta el CV actualizado, titulación académica compulsada y un certificado del responsable de la empresa, junto con un listado de proyectos detallando la participación temporal, en meses, para sus cuatro trabajadores. Con ello se satisface la experiencia mínima de dos años requerida para los trabajadores.

La empresa SERGEYCO adjunta para los trabajadores:

- *Daniel M. Sotillo Sáez.*
- *Ana García Aguilar*

La siguiente documentación:

- *CV actualizados.*
- *Títulos compulsados.*

Adicionalmente, ahora aportan el título académico compulsado del trabajador Eder Gómez García. Habrá que deducir que este trabajador sustituye a Lorena Álvarez Fernández, que sí se incluía como parte del equipo técnico de SERGEYCO inicialmente ofertado.

SERGEYCO no ha acreditado documentalmente la experiencia demostrada mínima de dos años, de esto tres trabajadores.



La empresa GEHYM presenta CV actualizado, titulación académica compulsada y un listado de proyectos detallando la participación temporal, en meses, para sus cinco trabajadores; lo que cumpliría la experiencia mínima de dos años.”

La mesa, en su acuerdo de exclusión, sintetizó el informe técnico que acabamos de transcribir del siguiente modo: *“Respecto al criterio referente a la capacitación del personal: no se ha acreditado la experiencia mínima de dos años, en los últimos cinco, en trabajos similares, respecto al personal de SERGEYCO.”*

Los recurrentes discrepan del criterio adoptado, pues entienden que sí se ha aceptado la capacidad de los trabajadores presentados por HIDTMA y GEHYM, y dado que en los pliegos no se exige un número concreto y específico de trabajadores que reúnan los requisitos exigidos, no existe motivo para la el rechazo en virtud de este apartado.

Planteados así los términos de la controversia, no podemos conceder la razón a la recurrente.

La capacitación técnica de los tres trabajadores ofertados por SERGEYCO, y que se identifican expresamente en la oferta técnica, no es completa en cuanto que no se acredita la experiencia requerida, experiencia que se exige expresamente para el equipo encargado de la ejecución de los trabajos.

No resulta admisible la acumulación de capacidades en este caso entre los diferentes miembros de la UTE, porque dicha acumulación habría sido posible respecto de los certificados exigidos, que son solo los de trabajos de impacto ambiental, objeto principal del contrato. Sin embargo, en este punto relativo a la capacitación técnica, no se ha acreditado la experiencia de tres de los trabajadores identificados en la propia oferta, lo que los inhabilita para la prestación del servicio.

Sexto. En el fundamento de derecho cuarto la UTE recurrente alega que ha sufrido una serie de perjuicios como consecuencia de la prestación de la garantía de 68.000 € que se formalizó en cumplimiento de la cláusula 23 del pliego de condiciones generales de la contratación (en adelante PCGC).



La cláusula 23 del PCGC señala: *“...A efectos de garantizar el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social de la empresa contratista respecto de los trabajadores afectos al servicio, ésta deberá enviar mensualmente a la APBA documentación acreditativa del pago de los seguros sociales y mantendrá durante la vigencia del contrato un aval bancario o seguro de caución expedido a favor del Presidente de la Autoridad Portuaria, en garantía de esta contingencia, por importe de sesenta y ocho mil euros (68.000 €).”*

Dicha garantía exigida en los pliegos es *lex contractus* para los recurrentes, como se ha reiterado en multitud de ocasiones por este Tribunal, conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, según el cual: *“1. 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.”*

La lógica de la prestación de la garantía discutida, igual que sucede con la garantía definitiva, es que se ha de prestar por aquel licitador que ha sido propuesto adjudicatario antes de la adjudicación del contrato y la correspondiente formalización del contrato, y no después. Obsérvese que el artículo 151.2 del TRLCSP establece (la negrita es nuestra):

“2. 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, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda el de veinte días hábiles.



De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.”

Por tanto, el licitador estaba obligado a la prestación de la garantía en el momento en que fue propuesta la adjudicación a su favor, y dicha obligación emanaba de los pliegos, a los cuales se había sometido voluntariamente. Por tanto, la prestación de la garantía era una obligación válida y legal, que imponía una obligación al licitador que voluntariamente había asumido, y que debía asumir, sin que, por tanto, se haya producido ningún daño que deba ser reparado.

Por tanto, el motivo no puede ser estimado.

Séptimo. A la misma conclusión llegamos respecto a la pretensión de indemnización por los gastos de asesoría jurídica, sobre los cuales nada se ha justificado en la reclamación y que se introduce exclusivamente en el suplico de la reclamación.

Aunque tal pretensión tiene cabida al amparo del artículo 106.3 de la LCSE, no se ha justificado ni motivado en modo alguno la procedencia de tal indemnización. Y en cualquier caso, como se ha podido constatar, ya sea o no de forma voluntaria, la UTE recurrente ha dificultado considerablemente la labor administrativa aportando certificados que no coincidían con la información descrita, ha obligado a la utilización de un trámite de subsanación respecto a la documentación de su personal, y aun en este trámite de recurso, ha continuado presentando documentación inexacta entre sí. Por tanto, no se aprecia que el gasto padecido encuentre su única razón en la actuación administrativa, sino que es debido a una concurrencia de culpas entre la Administración y los recurrentes.

Por tanto, esta pretensión ha de ser rechazada.

Octavo. Finalmente, con carácter subsidiario, socita que se le devuelva la garantía constituida, que se le ha incautado al considerar el órgano de contratación que ha retirado su oferta. Sobre este extremo, este Tribunal se ha pronunciado recientemente en su Resolución nº 439/2018, de 27 de abril, del recurso nº 234/2018, en la que dijimos:

“Por lo que se refiere a la incautación de la garantía, el Artículo 103.4 TRLCSP señala “en todo caso, la garantía será retenida al licitador cuya proposición hubiera sido seleccionada para la adjudicación hasta que proceda a la constitución de la garantía definitiva, e incautada a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación”. En el presente supuesto, la no acreditación de medios por parte del adjudicatario, conforme al Artículo 151.2 TRLCSP se configura como retirada de la oferta. Señala el precepto que “de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas”.

La incautación de la garantía en el supuesto debatido no es procedente. El precepto citado invocado por el Órgano de contratación determina dicha incautación para el supuesto de retirada injustificada de la oferta por el licitador. Deben, pues, concurrir dos requisitos, a saber: que el licitador retire su oferta, lo que exige voluntariedad, y que ello no esté justificado por alguna causa suficiente. En nuestro caso, el licitador no ha retirado su oferta antes de la adjudicación, ni siquiera después. La garantía provisional responde del mantenimiento de la oferta hasta la adjudicación, y eso es lo que ha hecho el licitador, pues se le ha adjudicado el contrato, pero después se ha revocado esa decisión. Lugo no ha existido retirada voluntaria de la oferta antes de la adjudicación, ni siquiera después, sino que, valga la expresión, se la han retirado.

Por otra parte, el solo hecho de que el licitador propuesto como adjudicatario que, requerido para acreditar los requisitos pertinentes para efectuar a su favor la adjudicación, no cumplimente debidamente lo requerido, determine que se considere que ha retirado su oferta, lo es a los efectos de continuar el procedimiento y proponer y seleccionar como adjudicatario a otro licitador sin paralizar el procedimiento. El efecto de incautación de la garantía o de imposición de penalidad (como prevé la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público), se limita a los casos en que efectivamente el licitador retire su oferta u observe un comportamiento inequívocamente incumplidor de lo requerido, es decir, implique voluntariedad en el incumplimiento del requerimiento, circunstancia que en modo alguno es apreciable en casos como el que nos ocupa, en el que el licitador cumple pero el órgano de contratación no lo considera así, e incluso aquél insiste acudiendo a esta vía de recurso especial, es decir: no solo no ha retirado su oferta sino que insiste en la adjudicación a su



favor en cuanto ha presentado la oferta mejor valorada y por ello, en el mantenimiento de aquélla. Más aun, en nuestro caso, no existe retirada de la oferta en cuanto que el Órgano de contratación llega a adjudicar el contrato al licitador recurrente.

Por tanto, procede estimar la pretensión subsidiaria de la recurrente de que se proceda a la devolución de su garantía provisional para el caso de que no se estime su pretensión de anulación del acto de exclusión.

En consecuencia, el recurso debe ser estimado solo parcialmente."

Tal doctrina es plenamente aplicable en nuestro caso, pues el requerimiento ha sido debidamente cumplimentado en plazo. Cuestión distinta es que el órgano de contratación considerar que no ha acreditado plenamente la solvencia requerida en algún aspecto y por ello la excluya, pero ello no significa que el requerimiento no haya ido cumplido y por ello, no se pueda considerar que existe retirada injustificada de la oferta. Es más, la UTE excluida ha recurrido y persiste en su voluntad de no ser excluida y sí ser adjudicataria, lo que excluye dicha retirada y, por ello, también, la incautación de la garantía, que debe quedar sin efecto, y debe ser devuelta la garantía.

Lo anterior se confirma en cuanto el antecedente del artículo 151.2 lo es el artículo 62 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, que determina a lo siguiente:

“Si algún licitador retira su proposición injustificadamente antes de la adjudicación o si el adjudicatario no constituye la garantía definitiva o, por causas imputables al mismo, no pudiese formalizarse en plazo el contrato, se procederá a la ejecución de la garantía provisional y a su ingreso en el Tesoro Público o a su transferencia a los organismos o entidades en cuyo favor quedó constituida. A tal efecto, se solicitará la incautación de la garantía a la Caja General de Depósitos o a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales donde quedó constituida.

2. A efectos del apartado anterior, la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 83.3 de la Ley, o el reconocimiento por parte



del licitador de que su proposición adolece de error, o inconsistencia que la hagan inviable, tendrán la consideración de retirada injustificada de la proposición”.

Pues bien, en nuestro caso solo debe incautarse la garantía cuando exista retirada injustificada de la, oferta, lo que solo sucede cuando no se cumpla adecuadamente el requerimiento hecho al propuesto como adjudicatario, lo que no ocurre en el caso de que el requerimiento se cumple, pero existe una discrepancia sobre si se ha acreditado o no la solvencia exigida o la disposición de medios suficientes, lo que no es el caso.

Por tanto, procede estimar esta pretensión de devolución de la garantía constituida por la recurrente

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Estimar parcialmente la reclamación interpuesta por D. I.B.P., en nombre y representación de la UTE HIDTMA, S.L., GEOTECNIA, HIDROGEOLOGÍA Y MEDIOAMBIENTE, S.L.P, y SERGEYCO ANDALUCIA, S.L., contra la resolución por la que se entiende retirada la oferta de la UTE que había sido propuesta como adjudicataria del contrato de *“Asistencia Técnica para la elaboración del estudio ambiental estratégico y sus estudios ambientales específicos definidos en el documento de alcance de la evaluación ambiental estratégica del Plan directos de infraestructuras del Puerto Bahía de Algeciras”*, Expediente: 2017-021, pero solo en lo relativo a la incautación dela garantía, que se anula, que debe devolverse a la recurrente.

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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción



de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.