



Expediente: 34/2021

ACUERDO 52/2021, de 8 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por MURIBA CONSTRUCCIÓN, S.L. frente a la adjudicación del contrato “*Reforma y rehabilitación de vivienda en edificio existente de Oronoz Mugaire*” a VARAZDIN Empresa de Inserción Sociolaboral, S.L., por parte de NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (NASUVINSA).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de noviembre de 2020, NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (en adelante NASUVINSA) publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de obras de “*Reforma y rehabilitación de vivienda en edificio existente de Oronoz Mugaire*”.

Tal y como se advierte en el anuncio de licitación, se trata de un contrato reservado a Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción Sociolaboral, de conformidad con el artículo 36 de la LFCP.

A dicha licitación concurrieron tres entidades:

- VARAZDIN Empresa de Inserción Sociolaboral, S.L. (en adelante VARAZDIN)
- MURIBA CONSTRUCCIÓN, S.L.
- SERVICIOS INSERLANTXO, S.L.

SEGUNDO.- Con fecha 21 de diciembre de 2021, la Mesa de Contratación procedió a la apertura del sobre A “Documentación General” presentado por los licitadores, admitiéndose a todos ellos.

En la misma fecha procedió a la apertura del sobre B “Propuesta de criterios cualitativos”. La valoración de las ofertas se contiene en un informe emitido el 12 de febrero de 2021, que la Mesa de Contratación asumió atribuyendo las siguientes puntuaciones:

OFERTAS	CRITERIOS CUALITATIVOS (MAX. 40 PTOS)		
	A. Aspectos que garanticen la viabilidad técnico-económica de la obra (20 ptos)	B. Estudio implantación de obra, medidas protección COVID-19, medidas de seguridad y salud y medidas medioambientales (20 ptos)	TOTAL Sobre B
VARAZDIN	1	6	7
MURIBA CONSTRUCCIÓN S.L.	6	13	19
SERVICIOS INSERLANTXO S.L.	4	7	11

Con fecha 19 de febrero tuvo lugar la apertura del sobre C “Propuesta de criterios cuantificables mediante fórmulas”, con el siguiente resultado:

OFERTAS	SOBRE C (60 puntos)				
	Oferta económica	Plazo de obra	Incremento garantías		Criterio social
			Acabados	Habilitabil.	
VARAZDIN	305.000	145 días naturales	1	1	SI
MURIBA CONSTRUCCIÓN S.L.	358.492,21	106 días naturales	1	2	SI
SERVICIOS INSERLANTXO S.L.	336.507,08	152 días naturales	2	5	SI

Asimismo, en el acta de la reunión de la Mesa de Contratación se hace constar lo siguiente: “Se analiza la documentación presentada y se acuerda solicitar a VARAZDIN Empresa Inserción Sociolaboral S.L. aclaración sobre el planning, en concreto que

aclare en las unidades de obra las partidas del presupuesto que serán parte del proceso constructivo para la ejecución del contrato”.

En el requerimiento cursado con tal objeto, de 8 de marzo, se solicita lo siguiente:

“En relación al planning detallado es necesario que aclare en las unidades de obra las partidas del presupuesto que serán parte del proceso constructivo para la ejecución del contrato: (...).

Les recordamos que en virtud del artículo 97 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril de Contratos Públicos, no es posible modificar la oferta presentada”.

Presentada la documentación requerida, la Mesa de Contratación procedió a atribuir la puntuación total a las ofertas de los licitadores, con fecha 10 de marzo:

OFERTAS	SOBRE B Total 40 puntos	SOBRE C					Sobre B+C TOTAL 100 puntos
		Oferta económica	Plazo de la obra	Incremento garantías	Criterio social	Total 60 puntos	
VARAZDIN	7	30	7,31	7,50	10	54,81	61,81
MURIBA CONSTRUCCIÓN S.L.	19	6,71	10	10	10	36,71	55,71
SERVICIOS INSERLANTXO S.L.	11	16,28	6,97	10	10	43,25	54,25

A la vista de las puntuaciones, la Mesa de Contratación acordó requerir a VARAZDIN la documentación prevista en la cláusula 17ª del pliego de condiciones reguladoras del contrato, con carácter previo a la propuesta de adjudicación. Dicho requerimiento se cursó el 11 de marzo.

Presentada diversa documentación por parte de dicho licitador, con fecha 25 de marzo la Mesa de Contratación le remitió un nuevo requerimiento en el que señala que

no han acreditado lo siguiente, concediéndole un plazo máximo de 6 días naturales para ello:

“1. La inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de constitución.

2. Respecto a la solvencia técnica o profesional:

a) El certificado de buena ejecución de la obra deberá ir suscrito también por el promotor y aclarar si en la ejecución de la obra, VARAZDIN Empresa de inserción sociolaboral SL, fue contrata principal o subcontrata.

b) El jefe de obra Jefe de obra en su CV debe citar por orden cronológico (entre los años 2016 hasta fecha actual), su experiencia como jefe de obra en obras de rehabilitación o edificación de viviendas.

3. En los acuerdos de subcontratación hay que concretar que partidas del presupuesto ejecutará cada uno de los subcontratistas ya que aparecen definidas las mismas unidades de obra

a) GRUPO ASTER (tabiquería, aislamientos, carpinterías y revestimientos)

b) FUNDACION VARAZDIN (tabiquería, aislamientos, carpinterías y revestimientos)

4. Respecto de la póliza de seguros, deberá presentar un compromiso de la entidad aseguradora de incrementar el límite general de 1.200.000 € a 1.500.000 para cumplir el pliego de condiciones particulares”.

Presentada diversa documentación, con fecha 23 de abril la Mesa de Contratación concluyó que la misma era correcta y propuso la adjudicación del contrato a favor de VARAZDIN, produciéndose la adjudicación del contrato en la misma fecha.

TERCERO.- Con fecha 30 de abril de 2021, MURIBA CONSTRUCCIÓN, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a dicha adjudicación, formulando las siguientes alegaciones:

1ª. La adjudicataria incluyó en el sobre B un aspecto reservado al sobre C.

Alega que VARAZDIN adelantó en su memoria descriptiva incluida en el sobre B su compromiso de realizar la obra en 5 meses, ofertando en el sobre C un plazo de ejecución de obra de 145 días, por lo que adelantó indebidamente parte de su oferta, debiendo ser excluida por ello. Señala que la estimación de esta alegación determina la innecesariedad de continuar analizando los siguientes fundamentos de la reclamación.

2ª. El compromiso de VARAZDIN de plazo de ejecución de la obra es incoherente.

Al hilo de lo anterior, alega que el distinto plazo ofertado hizo que su oferta fuera contradictoria, dado que 5 meses son 150 días (si se consideran meses de 30 días). Señala que esta incoherencia no es subsanable ni puede rectificarse si no es alterando la oferta en un aspecto valorable, por lo que debió haberse excluido su oferta.

3ª. La adjudicataria alteró su oferta al cambiar el planning de obra con ocasión de la aclaración que le fue requerida por la Mesa de Contratación.

Alega que, con ocasión de la solicitud de aclaración cursada por la Mesa de Contratación, VARAZDIN modificó el planning de obra, alterando la duración de las unidades de obra incluidas en el capítulo referente a “Equipamiento, mobiliario y señalética”, las cuales, tras el desglose exigido por NASUVINSA, pasaron de tener una duración de 5 semanas para el capítulo completo, a una duración total de 3 semanas.

Señala que, de igual manera, en el planning presentado en la oferta, en el capítulo referente a “Elementos comunes”, no se hacía referencia a la existencia de ninguna tarea crítica, pero que, sin embargo, en el planning desglosado con posterioridad, dentro de este capítulo, se incluyeron dos tareas críticas: “LEVANT. INSTALAC. ELÉCTRICA” y “CARP. EXT. DE PVC”. Manifiesta que estas tareas críticas determinan el plazo de duración de la obra.

Alega que ello supone una modificación de su oferta, incumpliendo la advertencia que le hizo al respecto la propia Mesa de Contratación.

Señala que esta modificación no fue una mera aclaración o explicación, conforme a la doctrina contenida en el Acuerdo 105/2020 de este Tribunal. Concluye, por lo tanto, que su oferta debió ser excluida.

4ª. La adjudicataria no reúne el requisito de solvencia técnica, no siendo admisible aprovecharse de la solvencia de GRUPO ASTER.

4.1 Señala que, al presentar su oferta, VARAZDIN indicó que no precisaba de la solvencia de terceros, así como que, al atender el requerimiento de la Mesa de Contratación previo a la adjudicación, no declaró que se apoyaría en la solvencia y en los medios de terceros, sino que únicamente refirió que subcontrataría algunos trabajos.

Alega que el licitador debe justificar y demostrar que dispondrá efectivamente de los medios de terceros necesarios para la ejecución de todo el contrato objeto de la licitación (Resolución 17/2020 del TACRC), lo cual no puede presumirse, máxime cuando en la declaración del GRUPO ASTER únicamente se hace referencia a la solvencia para ejecutar los trabajos identificados en el acuerdo de subcontratación, que afectan a alguna parte de partidas de la obra.

4.2 Alega, asimismo, que el acuerdo de subcontratación con GRUPO ASTER es de fecha posterior a la presentación de la oferta de VARAZDIN, por lo que tampoco sería un documento admisible como justificación de la solvencia técnica, pronunciándose en este sentido las Resoluciones 409/2019 y 40/2021 del TACRC.

4.3 Manifiesta que el GRUPO ASTER no reúne la condición de centro especial de empleo sin ánimo de lucro o de iniciativa social, ni de empresa de inserción, y que apoyarse en la solvencia de una empresa no calificada para concurrir frustra la finalidad de la reserva de la licitación, no pudiéndose admitir por concepto.

4.4 Por último, alega que GRUPO ASTER no tiene en su objeto social la construcción, tal y como se desprende del Registro Mercantil (documento 8 anexo), por lo que no puede aportar solvencia técnica.

Concluye que VARAZDIN no reúne los requisitos de solvencia técnica o profesional, así como que, tras haber sido requerida para su acreditación se limitó a aportar un certificado de ejecución que se correspondía con una obra en la que participó como subcontratista de GRUPO ASTER, y que, tras la aclaración requerida, sin justificar que este dispusiera de todos sus medios y organización a su favor para la ejecución de la obra conforme al artículo 18 de la LFCP, intentó “pasar de puntillas” tras un mero acuerdo de subcontratación inversa. Por lo tanto, señala que su oferta debió ser excluida.

Manifiesta que, por ello, la adjudicación a su favor supone una discriminación y que, con su exclusión, se conseguirá que la obra pueda desarrollarse con plenas garantías, máxime considerando que su oferta económica se encuentra prácticamente en el umbral de temeridad establecido.

5ª. La subcontratación de una fundación vinculada ha desvirtuado la competencia efectiva dentro de la licitación.

Señala que las fundaciones son organizaciones sin ánimo de lucro que tiene afecto, de modo duradero, su patrimonio a la realización de fines de interés general, y que la relación entre VARAZDIN y la FUNDACIÓN VARAZDIN permite que la subcontratación de esta última pueda suponer que, a costa del patrimonio fundacional, la empresa realice una oferta económica más baja que otros operadores que no cuentan con esta posibilidad. Alega que ello ha permitido que VARAZDIN concurra a la licitación con una oferta claramente fuera de mercado.

Manifiesta que NASUVINSA no debió haber aceptado que VARAZDIN ofertara subcontratar a una fundación *“cuando no es natural que este tipo de organizaciones desarrollen actividades económicas en el mercado (máxime cuando, para ello, la FUNDACIÓN VARAZDIN cuenta precisamente con VARAZDIN Empresa de Inserción Sociolaboral, S.L. como medio para desarrollar actividades comerciales) y cuando ese recurso desbarata la posibilidad de que haya una competencia en igualdad de condiciones con otros operadores económicos”*.

Considera que procede dejar sin efecto la adjudicación a favor de VARAZDIN por no haber justificado ser capaz de llevar a efecto la oferta presentada sin realizar competencia desleal.

6ª. Necesidad de repuntuar la oferta de VARAZDIN respecto del criterio de adjudicación social.

Señala que NASUVINSA empleó como criterio de adjudicación el siguiente:

“4- Criterios de carácter social (máximo 10 puntos)

Se valorará con 10 puntos la oferta que se comprometa a subcontratar con uno o varios Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro, Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o Empresas de inserción (CEE/EI), la limpieza final de obra.

Se valorará con 0 puntos la oferta que no se comprometa.”

Alega que este criterio tiene sentido en sus términos literales, *“pues NASUVINSA prima que el contratista (constructor centro especial de empleo) subcontrate a otra empresa (especializada en servicios) para desarrollar una parte de la obra, de modo que se cumple con la finalidad social de la licitación por partida doble y, de manera indirecta, la obligación básica en contratación pública de tratar de lotear el objeto de las licitaciones para dar las máximas posibilidades de trabajo a las PYMEs navarras”*.

Manifiesta que la oferta de VARAZDIN recibió 10 puntos por haberse comprometido a la subcontratación correspondiente, pero no justificó a NASUVINSA la intención de subcontratar la partida del presupuesto correspondiente con la ejecución de la limpieza final de la obra. Por lo tanto, antes de la adjudicación se puso de manifiesto que VARAZDIN *“abandonaba su compromiso”*, por lo que se le debieron retirar los puntos asignados. Concluye que, con la nueva valoración, la adjudicación del contrato recaería en la propia reclamante, por lo que procede la retroacción del procedimiento para que se rectifique la puntuación.

7ª. El objeto social de VARAZDIN no es idóneo para el objeto de la licitación, por lo que carece de la aptitud necesaria para haber concurrido.

Señala que VARAZDIN tiene por objeto social las actividades económicas que se enumeran, conforme al documento 9 anexo, no encontrándose dentro de aquel la construcción propiamente dicha, sino la prestación de servicios auxiliares.

Manifiesta que, prueba de ello, es que en el Registro de Empresas de Inserción Sociolaboral de Navarra (documento 7 anexo), dicha empresa consta inscrita dentro del sector de actividad económica de actividades de limpieza industrial y de edificios, no de construcción.

Por ello, señala que, teniendo en cuenta el artículo 66 de la LCSP, aplicable de manera supletoria a la LFCP, y la normativa societaria (*“Según la cual, el objeto social es de los elementos esenciales del contrato de sociedad. El objeto social hace referencia a las actividades que la sociedad desarrolla o ha de desarrollar. Es el medio que utiliza la sociedad para conseguir su fin último”*), su oferta debió haber sido inadmitida.

Concluye señalando, en relación con la prueba, que no puede aportar la documentación de la licitación, pues no se le facilitaron copias de los documentos que se le permitió consultar el 29 de abril, así como que, en caso de que NASUVINSA o VARAZDIN aporten documentación distinta a la obrante en el expediente, deberá dársele audiencia a fin de valorar debidamente la misma.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, que se deje sin efecto el acto recurrido, ordenando a NASUVINSA la exclusión de la oferta de VARAZDIN y la retroacción del procedimiento hasta el momento de clasificación de las ofertas admitidas, y, subsidiariamente, que se rectifique la valoración del criterio de adjudicación de carácter social, valorando con 0 puntos el compromiso de dicho licitador, ordenando igualmente la retroacción del procedimiento para que se clasifiquen nuevamente las ofertas. Por último, solicita la suspensión del procedimiento como medida cautelar.

CUARTO.- Con fecha 30 de abril, este Tribunal cursó un oficio tanto al reclamante como al órgano de contratación, informándoles que con la interposición de la reclamación se produce la suspensión automática del acto impugnado, conforme al artículo 124.4 de la LFCP, y, con ella, la del propio procedimiento de adjudicación del contrato, sin que proceda resolver expresamente sobre la medida cautelar solicitada.

QUINTO.- Con fecha 30 de abril se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 5 de mayo, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el 7 de mayo el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito alegando lo siguiente:

1ª. Señala que VARAZDIN indicó en su Memoria Descriptiva que “*Contamos, con un equipo cualificado y solvente para realizar esta encomienda en tiempo y forma comprometiéndose a la realización de ésta en cinco meses*”, así como que esta afirmación, debidamente contextualizada, no está desvelando o expresando de ningún modo el plazo de ejecución ofertado.

Manifiesta que esta afirmación es una simple declaración sobre la capacidad de la licitadora para acometer las obligaciones contractuales exigidas y, entre ellas, el plazo mínimo, que era justamente de 5 meses, sin que quepa entender que el plazo que iba a ofertar era justamente ese. Señala que la Mesa de Contratación en ningún momento se vio influenciada por dicha referencia, ni creyó que se estaba desvelando el verdadero plazo de ejecución ofertado, lo que se confirma por el hecho de que este fue de 145 días, y no de 5 meses (152 días).

Señala que la jurisprudencia y la doctrina vienen manifestando que la exclusión de un licitador por la inclusión de documentación en un sobre diferente no es un objetivo en sí mismo, sino que se justifica por el riesgo de que el conocimiento anticipado de la oferta sometida a fórmulas pueda afectar a la objetividad de las valoraciones sometidas a juicio de valor, sí como que la exclusión en estos casos no es un criterio absoluto, debiendo estarse a las circunstancias concurrentes, de tal modo que no cabrá una decisión tan drástica cuando no se haya comprometido o no se acredite que el conocimiento anticipado de determinados datos pudo afectar a la objetividad de las valoraciones sometidas a juicios de valor. Cita, a este respecto, las Resoluciones 287/2019, de 25 de marzo, y 312/2017, de 31 de marzo, del TACRC.

Concluye, por ello, que no se han visto perjudicados los principios de objetividad, imparcialidad y transparencia que rigen en la contratación pública.

2ª. Asimismo, respecto al plazo de ejecución, señala que no concurre ninguna incoherencia, tal y como sostiene la reclamante de forma tan genérica como infundada.

3ª. Alega que es radicalmente erróneo que VARAZDIN modificara su oferta en el trámite de aclaración de la misma. Señala, a este respecto, que en sus aclaraciones dicho licitador no modificó ni uno solo de los aspectos de su oferta sujetos a valoración, puesto que no modificó el plazo máximo de duración de la obra, que siguió siendo de 145 días naturales.

Manifiesta que el planning de obra (en realidad, un Diagrama de Gantt) es un documento informativo que los licitadores debían presentar en el criterio de adjudicación relativo al plazo de ejecución de las obras (sobre C), limitándose la valoración a dicho plazo. Por ello, considera que la aclaración del planning no alteró en ningún modo la oferta y que la exclusión de la oferta por tal motivo hubiera supuesto la vulneración del principio de acceso a la licitación pública, de la igualdad entre licitadores y una actuación contraria a derecho, citando al respecto la Resolución 973/2019, de 9 de septiembre, del TACRC.

4ª. Señala que VARAZDIN ha acreditado la solvencia económica, técnica y profesional prevista en la licitación.

Alega que el apartado J de las condiciones particulares del contrato establece la documentación a presentar en el sobre A:

“Deben presentarse los siguientes documentos:

A) Declaración responsable de la persona licitadora conforme al modelo del Anexo I del Pliego de Condiciones Regulatoras para la contratación de Obras.

B) Acreditación de que las personas que licitan son Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro o Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o Empresas de inserción.

C) Si se trata de personas que licitan en participación conjunta o en Unión Temporal de Empresas, todas ellas deben ser Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro o Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o Empresas de inserción, y deben presentar obligatoriamente los siguientes documentos:

B.1. Cada una de las personas que licitan en participación conjunta o en UTE deben presentar la declaración responsable conforme al modelo de Anexo I del Pliego de Condiciones Regulatoras y la acreditación de que son CEE o EI.

B.2. Un documento privado en el que se manifieste la voluntad de concurrencia conjunta, se indique el porcentaje de participación que corresponda a cada persona y se designe una persona representante o apoderada única con facultades para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones derivadas del contrato hasta la extinción del mismo, firmado por las empresas concurrentes y la persona apoderada.

D) En caso de subcontratación, la persona licitadora en su declaración responsable (conforme al Anexo I) hará constar SÓLO si subcontratará o no y manifestará que está en posesión de un documento que demuestre la existencia de un compromiso formal con las personas que tienen capacidad para comprometer a la empresa subcontratista para la ejecución del contrato.

NO es necesario incluir en el sobre A:

- *Ni la documentación relativa a la SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA, TÉCNICA O PROFESIONAL.*

- *Ni la relación de subcontratistas ni los documentos del compromiso formal con ellos.*

Esta documentación se pedirá exclusivamente a la persona licitadora a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación.”

4.1 Alega que, de la cláusula transcrita, resulta que la adjudicataria no debía expresar en su oferta si pretendía valerse o no de la solvencia de terceros, no disponiéndose ello tampoco en el artículo 18 de la LFCP, demorándose la acreditación de este extremo, únicamente, a quien fuera a ser propuesto como adjudicatario.

Manifiesta que la justificación de la adjudicataria fue correcta, presentando los siguientes documentos:

- Escrituras de constitución, poderes y CIF de GRUPO ASTER.
- Acuerdo particular de subcontratación.
- Certificados de buena ejecución de GRUPO ASTER.
- Certificado de GRUPO ASTER sobre el cumplimiento de los artículos 16 y 17 de la LFCP y tenencia de solvencia.
- Certificado de GRUPO ASTER sobre el cumplimiento de las condiciones del contrato, la no concurrencia de causas de prohibición de contratar y disposición de medios humanos y técnicos.

Señala que la reclamante no sostiene que la solvencia no sea suficiente, o que exista un defecto o ausencia de documentación para tener por cumplida la acreditación por medios externos, sino que se limita a enmarañar el proceso bajo el único pretexto de que VARAZDIN no señaló desde el comienzo que acudiría a medios externos, lo que no tiene ningún fundamento.

Manifiesta, asimismo, que el hecho de que el documento de subcontratación sólo se refiera a determinadas partidas nada tiene que ver con la solvencia que aporta

GRUPO ASTER; una cosa es la solvencia y otras qué partidas se realizarán en fase de ejecución.

Concluye que VARAZDIN presentó toda la documentación solicitada dentro del plazo otorgado por la Mesa de Contratación, acreditando disponer de la solvencia necesaria para la correcta ejecución del contrato, cuestión que no discute la reclamante.

4.2 Respecto a que VARAZDIN presentó un acuerdo de subcontratación con GRUPO ASTER de fecha posterior a la de presentación de su oferta, señala que dicha aseveración es incierta, así como que la Mesa de Contratación no debía inadmitir dicho acuerdo por constar con fecha posterior al plazo de presentación de ofertas.

Manifiesta que dicho licitador presentó en su sobre A el Anexo I, indicando en el apartado n) que SÍ subcontrataría parte de la ejecución del contrato en el caso de resultar adjudicataria, no debiendo presentarse en esta fase del procedimiento ningún acuerdo o documento acreditativo de la exigencia de la subcontratación, conforme al apartado J de las condiciones particulares antes transcrito. Señala que, por ello, que el acuerdo de subcontratación tenga una fecha posterior al término del plazo para presentar ofertas es una simple consecuencia del cumplimiento de dichas condiciones, sin efecto perjudicial alguno para la buena marcha del procedimiento, ni para el respeto de los principios básicos de la contratación pública. Manifiesta que la doctrina administrativa de los Tribunales especializados en contratos públicos respalda que el acuerdo pueda ser de fecha posterior a la terminación del plazo para presentar ofertas, citando la Resolución 356/2018, de 20 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que cita, a su vez, al TACRC.

4.3 Respecto a la improcedencia de subcontratar con GRUPO ASTER por no ser un centro especial de empleo o una empresa de inserción sociolaboral, señala que el artículo 36.9 de la LFPC establece lo siguiente:

“El porcentaje máximo de contratación que se permitirá en los contratos reservados será del 20% del precio del contrato, salvo que la subcontratación se realice con otro Centro Especial de Empleo o Empresa de Inserción, o con la entidad promotora de la Empresa de Inserción adjudicataria del contrato, siempre que la

entidad hubiera sido calificada con anterioridad como Centro de Inserción Sociolaboral y el porcentaje de trabajadores de la misma que hayan estado sometidos a procesos de inserción sea como mínimo del 50 por 100, en cuyo caso se aplicará el régimen general de subcontratación previsto en esta Ley Foral.”

Asimismo, señala que la Guía sobre Contratos Reservados publicada por el Gobierno de Navarra establece, en su punto 12 relativo a “¿Existe algún límite a la subcontratación en un contrato reservado?”, lo siguiente:

“Sí, el máximo a subcontratar es del 20%.

Así lo establece el artículo 36.9 de la Ley Foral 2/2018, de Contratos Públicos:

9. El porcentaje máximo de contratación que se permitirá en los contratos reservados será del 20% del precio del contrato, salvo que la subcontratación se realice con otro Centro Especial de Empleo, o Empresa de Inserción, en cuyo caso se aplicará el régimen general de subcontratación previsto en esta Ley Foral.

Esta medida, trata de evitar la subcontratación con entidades o empresas que no sean Centros Especiales de Empleo sin ánimo de lucro o de iniciativa social o Empresas de Inserción, lo que sin duda desvirtuaría la naturaleza del contrato reservado, e incluso pudiera constituir un fraude de ley que ya se había puesto de manifiesto en algunos casos.

Debemos tener en cuenta que el objetivo del contrato reservado es que sean contratadas para su ejecución personas con discapacidad o personas en situación o riesgo de exclusión, pero si tras la adjudicación reservada se subcontratara con una empresa mercantil el 60% del importe de adjudicación y finalmente fuera prestado por personas que no reúnan dichos perfiles carecería por completo de sentido haberlo reservado. De este modo, limitando la subcontratación, se evita este efecto indeseado.”

Alega que VARAZDIN pretende contratar con dos entidades por porcentajes diferentes: por un lado, el 15% por un montante de obra de 45.750 euros más IVA con el GRUPO ASTER; y, por el otro, un 5% por un montante de 15.250 euros más IVA con la FUNDACIÓN VARAZDIN, por lo que no se supera el límite del 20% legalmente previsto.

5ª. Señala que ni la LFCP ni la Directiva 2014/24 UE prohíben la contratación con fundaciones, pudiendo contratar con cualquier entidad del sector público cualquier persona física o jurídica que tenga capacidad de obrar, no incurra en prohibición para contratar, sea nacional o extranjero y acredite la solvencia necesaria según el contrato, conforme al artículo 12 de la LFCP.

Alega que la reclamante expone una serie de argumentos puramente subjetivos sobre la mayor o menor competitividad o lealtad de la oferta de la adjudicataria del todo improcedentes y alejados a derecho, toda vez que no existe ninguna disposición que impida a las fundaciones participar en la ejecución de contratos públicos, ya sea como contratista principal o como subcontratista, ni se ha probado un perjuicio a la competencia efectiva entre los operadores económicos.

6ª. Respecto al objeto social de VARAZDIN, señala que entre las actividades económicas que se incluyen en el artículo 2 de sus Estatutos se establece la siguiente: *“La prestación de servicios auxiliares en el sector de la construcción y de la obra civil. C.N.A.E. 8299 –otras actividades de apoyo a las empresas n.c.o.p.-”*

Señala, a este respecto, que ejerce actividades que permiten la integración de personas con problemas de inserción socio laboral a través de actividades de construcción, así como que se halla inscrita en el Registro de Constructores poseedores de certificación de gestión de residuos (RCDs) de la construcción.

Alega que la reclamante realiza una interpretación rigorista del objeto social, alejada de la doctrina de los tribunales de contratación, citando la Resolución 369/2017, de 4 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid.

Respecto al GRUPO ASTER, señala que cuenta con la capacidad necesaria para intervenir en la presente contratación, habiendo aportado sendos certificados de buena ejecución relativos a los trabajos para la reforma parcial de una residencia de estudiantes con un presupuesto base de licitación de 471.309,99 euros sin IVA.

Asimismo, manifiesta que la obra objeto de este contrato no es la construcción de un edificio, sino su reforma y rehabilitación de cuatro viviendas, incluyendo equipamientos, instalaciones, telecomunicaciones y las obras civiles aparejadas, todo lo cual se enmarca adecuadamente en el ámbito de actividad de aquel.

7ª. Respecto a la valoración del criterio de adjudicación social, alega que la cláusula M de las condiciones particulares del contrato establece, en relación con el mismo, lo siguiente: *“La persona adjudicataria deberá acreditar a NASUVINSA el cumplimiento del presente criterio una vez ejecutada la limpieza final de la obra presentando las correspondientes facturas con el o los CEE/EP”*.

Señala que, por lo tanto, lo que debía ofertar cada licitador era un compromiso de subcontratación de la limpieza final de la obra con un CEE o una empresa de inserción sociolaboral, pero nada más, acreditando el cumplimiento de dicho compromiso una vez se ejecutara la limpieza final de la obra mediante la presentación de las oportunas facturas. Manifiesta que la adjudicataria presentó el compromiso formal de subcontratación del 10% de la limpieza final de la obra en el sobre C de su oferta.

Asimismo, señala que, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la oferta del adjudicatario, el apartado O de las condiciones particulares prevé como penalidad específica calificada como muy grave el incumplimiento del compromiso del criterio social.

Igualmente, manifiesta que esta subcontratación no afectará al límite de subcontratación previsto en el artículo 36 de la LFCP, toda vez que en este caso se contrata con un CEE o una empresa de inserción sociolaboral.

Atendiendo a todo lo expuesto, solicita la desestimación de la reclamación interpuesta.

Con fecha 10 de mayo se solicitó al órgano de contratación que presentara nuevamente diversos documentos ya aportados, dado que no era posible su visualización, habiéndose atendido dicho requerimiento el mismo día.

SEXTO.- El 10 de mayo se dio traslado a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, sin que se haya formulado alegación alguna dentro del plazo señalado en dicho artículo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- NASUVINSA es una sociedad mercantil sujeta a la LFCP en virtud de su artículo 4.1.e), siendo los actos de adjudicación recurribles en virtud del artículo 122.2 de la misma ley foral.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo o legítimo, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 123.1 de la LFCP.

TERCERO.- La reclamación se fundamenta en la falta de solvencia técnica o profesional del adjudicatario, así como en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, de conformidad con el artículo 124.3, apartados b) y c), de la LFCP.

CUARTO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación especial la decisión adoptada, con fecha 23 de abril de 2021, por el Director Gerente de NASUVINSA, en cuya virtud tiene lugar la adjudicación del contrato “Reforma y rehabilitación de vivienda en edificio existente de Oronoz Mugaire” a VARAZDIN Empresa de Inserción Sociolaboral, S.L., deduciéndose, como pretensión principal, la anulación del acto impugnado, ordenando a la entidad contratante la exclusión de la adjudicataria, con retroacción del procedimiento al momento de clasificación de las ofertas; y ello con fundamento en los siguientes motivos: a) anticipación en el Sobre B de la proposición de información que debía incluirse en el Sobre C; b) incoherencia o contradicción en lo

que respecta al plazo de ejecución ofertado; c) modificación de la oferta con ocasión de la aclaración requerida por la Mesa de Contratación en relación con el planning de la obra; d) falta de solvencia técnica o profesional de la adjudicataria; e) desvirtuación de la competencia efectiva en la licitación con ocasión de la subcontratación de una fundación vinculada a la adjudicataria y f) falta de la aptitud necesaria para concurrir a la licitación por parte de la adjudicataria, derivada de que su objeto social no es idóneo para el objeto de la licitación.

Asimismo, como pretensión subsidiaria a la principal - y que, por tanto, este Tribunal únicamente entrará a conocer en caso de desestimarse ésta - interesa, previa anulación del acto de adjudicación, la retroacción del procedimiento al momento de la valoración del criterio social de adjudicación para que se rectifique la puntuación otorgada a la adjudicataria, con fundamento en que no ha justificado el compromiso de subcontratación valorado en dicho apartado.

Como cuestión previa al análisis de las cuestiones de fondo planteadas, debemos rechazar la petición de la reclamante relativa a la sustanciación de trámite de audiencia en el seno del procedimiento de reclamación, por cuanto, de un lado, como la misma reconoce, la entidad contratante le dio acceso al expediente salvaguardando así su derecho de defensa, sin que el hecho de que no le facilitase copia de los documentos comprendidos en éste tenga trascendencia a los efectos pretendidos. Y de otro, en atención a los términos genéricos en que se formula tal petición, toda vez que no indicándose a qué documentación tuvo acceso en el trámite conferido difícilmente puede este Tribunal valorar si la documentación remitida es coincidente con la obrante en el expediente; debiéndose señalar, no obstante, que examinado el expediente remitido no se aprecia omisión alguna ni incoherencia en la documentación que lo integra, que, además, coincide con el relato fáctico referido en el escrito de interposición de la reclamación.

SEXTO.- Entrando ya en las cuestiones de fondo, y siguiendo del orden indicado por la reclamante al formular los motivos de impugnación en que sustenta su pretensión, debemos comenzar analizando el relativo a si, como sostiene ésta, la adjudicataria del contrato anticipó en el Sobre B de su proposición información – la

relativa al plazo de ejecución ofertado – que debía incorporarse en el Sobre C de la misma.

La reclamante sustenta la infracción alegada en el hecho de que la indicación por parte de la adjudicataria en la memoria descriptiva incluida en el Sobre B de que se compromete a la realización de la obra en cinco meses supone anticipar el plazo de ejecución ofertado en el Sobre C. Extremo negado por la entidad contratante, que sostiene que la información incluida al respecto en la memoria es una simple declaración de la licitadora sobre su capacidad de acometer las obligaciones contractuales, sin que de ella quepa entender que el plazo de ejecución ofertado era justamente éste; no habiéndose desvelado o anticipado el dato correspondiente a la oferta de dicho plazo, cuando además dicha información no coincide con el plazo ofertado en el Sobre C que queda fijado en 145 días naturales.

El punto de partida del análisis de la cuestión suscitada no es otro que el mandato legal contenido en el artículo 97 de la LFCP, en cuya virtud *“Cuando la oferta contenga criterios cualitativos, se presentará de forma separada la documentación relativa a dichos criterios y la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas”*; postulado debidamente observado en las condiciones reguladoras del contrato que prevén, en lo que a la valoración de las ofertas se refiere, la aplicación de criterios de adjudicación tanto cualitativos como cuantitativos.

Efectivamente, la cláusula duodécima de las condiciones reguladoras, en relación con el contenido de los sobres, determina que *“Las propuestas se presentarán de acuerdo con la estructura establecida para esta oferta en PLENA, pudiendo contener 3 sobres, identificados como:*

- Sobre A.- DOCUMENTACIÓN GENERAL.
- Sobre B.- PROPUESTA DE CRITERIOS CUALITATIVOS.
- Sobre C.-PROPUESTA DE CRITERIOS CUANTIFICABLES MEDIANTE FÓRMULAS.

Quedarán automáticamente excluidas del procedimiento aquellas propuestas que incluyan en el sobre A y/o B documentación que, de acuerdo con lo establecido en las presentes Condiciones Reguladoras, corresponda incluir en el sobre C.

(...)

SOBRE B: PROPUESTA CRITERIOS CUALITATIVOS

Las personas licitadoras deberán aportar una documentación adecuadamente editada, en correspondencia con los criterios cualitativos recogidos en la estipulación 15.

El contenido que debe incluirse en el Sobre B se indica en el apartado J de las Condiciones Particulares.

SOBRE C: PROPUESTA CRITERIOS CUANTIFICABLES MEDIANTE FÓRMULAS

Se incluirá la oferta económica y la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas que se indique en el apartado J de las Condiciones Particulares, conforme al modelo incluido en el Anexo “MODELO DE OFERTA CUANTIFICABLE MEDIANTE FÓRMULAS”. (...)

De igual modo, la cláusula J de las condiciones particulares, sobre la documentación a presentar por las personas licitadoras, respecto al Sobre B, dispone la inclusión de la memoria descriptiva de estudio, análisis y conocimiento del proyecto de ejecución y de las soluciones constructivas y técnicas contempladas en el mismo, así como del estudio de implantación de obra, medidas protección COVID-19, medidas de seguridad y salud y medidas medioambientales; y respecto al Sobre C, correspondiente a la oferta con criterios cuantificables por fórmula, la oferta económica, el plazo de ejecución de las obras y planning detallado – indicándose, respecto a la oferta del plazo de ejecución de las obras, que en ningún caso será superior a 152 días naturales ni inferior a 106 días naturales, contados a partir de la firma del acta de replanteo hasta el certificado final de obras -, el incremento del plazo de garantía y el criterio de carácter social. Reiterándose, asimismo, la advertencia relativa a que *“La inclusión de cualquier dato propio de valoración correspondiente a criterios de adjudicación mediante la aplicación de fórmulas objetivas determinará la inadmisión o exclusión de la proposición”*.

A su vez, la cláusula M establece como criterio de adjudicación cuantificable mediante fórmula el relativo al plazo de ejecución, en los siguientes términos: *“2- Plazo de ejecución (máximo 10 puntos): Se valorará el plazo ofertado conforme a la siguiente fórmula:*

$$Vi \text{ (máximo 10 puntos)} = 10 \times (P_{min}/P_i)$$

dónde

- *Vi: valoración correspondiente a la oferta i*
- *Pmin: plazo mínimo ofertado de entre las ofertas presentadas. El plazo de ejecución contado desde la firma del acta de replanteo será de 152 días naturales sin que en ningún caso el plazo ofertado pueda ser inferior a 106 días naturales.*
- *Pi: Es el plazo correspondiente a la oferta i.*

Se valorará con 0 puntos las ofertas que no presenten el Diagrama de Gantt de tiempos detallado”.

Por su parte, la oferta presentada por la adjudicataria señala al inicio de su memoria descriptiva incluida en el sobre B de su oferta, lo siguiente: *“Varazdin S.L. es una empresa de inserción sociolaboral que cuenta con experiencia suficiente para realizar esta obra conforme a los requisitos técnicos de la licitación. De hecho, hemos realizado la reforma de pisos de similares características, por lo que conocemos las especificidades de la obra, las dificultades que nos vamos a encontrar y las soluciones más adecuadas a implementar.*

Contamos, con un equipo cualificado y solvente para realizar esta encomienda en tiempo y forma comprometiéndonos a la realización de ésta en cinco meses”. Afirmación a partir de la cual la reclamante concluye que se ha vulnerado el secreto de las ofertas, determinante de la exclusión de su oferta.

Llegados a este punto, cabe traer a colación la doctrina de este Tribunal en relación con el principio relativo al secreto de las proposiciones contenida, entre otros, en nuestro Acuerdo 32/2021, de 7 de abril, donde señalamos que *“Sobre la anticipación de información correspondiente a los criterios cuya puntuación se realiza conforme a criterios evaluables automáticamente, decíamos en nuestro Acuerdo 36/2020 de 10 de junio que “Son numerosos los pronunciamientos de los distintos órganos competentes para conocer de los recursos especiales en materia de contratos públicos, los cuales mantienen una doctrina prácticamente unánime sobre las consecuencias que tiene el incumplimiento de las exigencias relativas a la necesidad de presentar la documentación de los licitadores en sobres separados y mantener el secreto de las proposiciones hasta el momento que marca la ley. Sobre este particular, hemos declarado en reiteradas ocasiones – por todos, Acuerdo 105/2018, de 16 de octubre – que el principio de secreto de las proposiciones pretende garantizar que en la*

apreciación del valor atribuible a cada uno de los criterios cuya valoración no se realiza mediante la aplicación de fórmulas - o, lo que es lo mismo, criterios dependientes de un juicio de valor - no influya en absoluto el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se vaya a atribuir por razón de los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmulas. También hemos señalado que la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en un sobre distinto no es un criterio absoluto, ya que cualquier vicio procedimental no genera la nulidad del acto de adjudicación, sino solo en aquellos casos en los que se ha producido una indefensión real y no meramente formal; resultando que los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas. Ello es así, como expresa la Sentencia de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, por cuanto lo relevante no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores.

La inclusión en el sobre correspondiente a documentación general que tiene por objeto seleccionar los licitadores admitidos a la licitación, de información relativa a criterios de adjudicación y que por tanto constituyen parte de la oferta, no puede determinar automáticamente la exclusión de dichas ofertas, sino que es necesario realizar un análisis finalista y sistemático tendente a determinar si con ello se ha infringido el carácter secreto de las proposiciones o vulnerado los principios de igualdad de trato, no discriminación y objetividad en la valoración de las proposiciones, pues en tales casos habría de producirse la exclusión de la oferta en cuestión; lo que, en nuestro caso, y dado el estado del procedimiento de adjudicación, podrá suponer, como se ha dicho, la concurrencia en el acto de la adjudicación del contrato de un vicio de nulidad de pleno derecho, por vulneración de tales principios rectores en materia de contratación pública”.

La aplicación de la doctrina citada al caso concreto, nos lleva a concluir que la manifestación realizada por VARAZDIN en su memoria descriptiva no puede tenerse

por una anticipación indebida del plazo de ejecución ofertado en el Sobre C, sino por una manifestación genérica relativa al cumplimiento del plazo de ejecución de las obras, pues no podemos obviar que la cláusula E de las condiciones particulares establece éste en 152 días naturales a contar desde la firma del acta de replanteo; plazo máximo más que cercano al indicado en la memoria.

La conclusión alcanzada resulta reforzada por el hecho de que, conforme al modelo previsto en el anexo II, la oferta relativa al plazo de ejecución debía hacerse en días naturales, y así lo hizo el adjudicatario en el Sobre C de su proposición, ofertando un plazo de 145 días naturales; plazo que resulta inferior al señalado en la memoria que, además, no se indica en días naturales, como debía haberse hecho para entender que se estaba adelantando indebidamente este extremo de la oferta.

En consecuencia, procede la desestimación del motivo de impugnación en tal sentido alegado y, por tanto, también del relativo a la incoherencia o contradicción en la oferta de la adjudicataria respecto al plazo de ejecución de obra ofertado - en atención a que el plazo ofertado en el sobre C (145 días naturales) no coincide con lo manifestado en la memoria descriptiva (5 meses) -, pues habiéndose concluido que la mención contenida en la memoria descriptiva alude al plazo máximo de ejecución de la obra y no al plazo ofertado por el adjudicatario, resulta obligado descartar la incoherencia o contradicción alegada.

SÉPTIMO.- El siguiente motivo de impugnación aducido determinante también, a juicio de la reclamante, de la procedencia de la exclusión de la oferta de la adjudicataria es el relativo a la alegada modificación de la oferta con ocasión de la presentación de la aclaración que del planning le requirió la Mesa de Contratación; oponiendo, al respecto, la entidad contratante que no cabe apreciar tal modificación por cuanto la aclaración presentada en ningún caso afectó al plazo de ejecución de la obra que es el aspecto objeto de valoración.

El análisis de la cuestión alegada precisa volver a la cláusula J de las condiciones particulares, que señala que en el sobre C los licitadores deberán incluir el plazo de ejecución de las obras y un planning detallado, indicando que *“Presentará oferta del plazo de ejecución de las obras, en ningún caso será superior a 152 días*

naturales ni inferior 106 días naturales, contados a partir de la firma el acta de replanteo hasta el certificado final de obras.

Asimismo, la persona licitadora debe aportar el Diagrama de Gantt de tiempos detallado que incluya todo el proceso constructivo con indicación de la siguiente información:

- 1. Plazos de ejecución parciales en días naturales de las unidades de obra*
- 2. Porcentaje de previsión de certificación mensual planificada en % sobre el presupuesto ofertado conforme a la planificación de la obra.*
- 3. Camino crítico: presentación de una ruta continua de trabajo crítica que marque la duración de las obras. El camino crítico deberá señalarse en el diagrama de manera diferenciada junto con las prioridades e interdependencias del mismo.*

El plazo total del Diagrama de Gantt corresponderá con el plazo de ejecución que se oferta por la persona licitadora. Tanto el plazo total como los porcentajes mensuales de certificación reflejados tendrán carácter contractual.

El Planning se desarrollará aproximadamente en 1 página A3.”. Añadiendo, la cláusula M, en relación con la valoración del criterio de adjudicación correspondiente al plazo de ejecución que “Se valorará con 0 puntos las ofertas que no presenten el Diagrama de Gantt de tiempos detallado”.

Según consta en el expediente, y así lo indican las partes, VARAZDIN ofertó un plazo de ejecución de 145 días naturales y presentó el planning o Diagrama de Gantt exigido; requiriéndose por la Mesa de Contratación la aclaración de las partidas del presupuesto en las distintas unidades de obra, advirtiéndole acerca de la imposibilidad de modificar su oferta con ocasión de tal trámite. Constando, igualmente, que en cumplimiento de dicho requerimiento, la licitadora presentó un nuevo planning detallando las partidas en el que se puede apreciar, como alega la reclamante, la introducción de dos modificaciones, a saber, en el capítulo “Equipamiento, mobiliario y señalética”, donde se señala una duración de tres semanas cuando inicialmente estaban previstas cinco, y en el capítulo “Elementos comunes”, pues se señalaron como tareas críticas dos que anteriormente no estaban calificadas como tales. Debiendo este Tribunal dilucidar si tal circunstancia constituye una modificación de la oferta determinante de su exclusión del procedimiento.

En este sentido, es admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas - e incluso respecto de las económicas -, si bien tal posibilidad tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, tal y como determina con absoluta claridad el artículo 97 LFCP cuando dispone que *“Si el órgano de contratación considera que la oferta presentada adolece de oscuridad o de inconcreción, podrá solicitar aclaraciones complementarias, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato de quienes hayan licitado, que no podrán modificar la oferta presentada. El plazo de contestación no podrá ser inferior a cinco días ni exceder de diez”*. Previsión legal reiterada en la cláusula decimocuarta de las Condiciones Regulatoras del contrato.

Sobre los requisitos exigibles para que una aclaración de la oferta resulte ajustada a la legalidad, resulta especialmente significativa la Resolución 44/2019, de 26 de febrero, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que señala que *“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 28 de febrero de 2018, C-523/16 ECLI: EU:C:2018:122, apartados 49 al 53, resume de una forma concisa los requisitos que debe reunir la aclaración de una oferta a fin de no ser considerada contraria al derecho europeo. Así, (i) no se permite admitir cualesquiera rectificaciones de las omisiones que, según lo dispuesto expresamente en los documentos del contrato, deben llevar a la exclusión del licitador; (y ii) es posible que los datos relativos a la oferta de un licitador puedan corregirse o completarse de manera puntual, en particular cuando sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, siempre, no obstante, que se respeten una serie de requisitos:*

- 1) La aclaración no puede paliar la falta de un documento o de alguna información cuya aportación exigiesen los pliegos de la contratación.*
- 2) La petición no puede tener como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta.*
- 3) Conforme al principio de proporcionalidad, las medidas adoptadas no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar ese objetivo.*
- 4) Igualdad de trato con todos los licitadores y petición de aclaración solo cuando se conocen todas las ofertas.”*

Aplicando la doctrina citada al supuesto analizado, debemos concluir, en contra de lo señalado por la reclamante, que las variaciones introducidas en el planning aportado a resultas de la aclaración requerida, en modo alguno merecen la calificación de la modificación de la oferta propiamente dicha, pues lo cierto es que en ningún caso se ven alterados los elementos del planning que tienen, conforme a las condiciones particulares carácter contractual, a saber, el plazo de ejecución ofertado, que a su vez constituye el aspecto a valorar en dicho apartado, y los porcentajes mensuales de certificación; no siendo cierto, como manifiesta la reclamante, que las tareas críticas señaladas tras la aclaración determinen el plazo de ejecución de la obra, pues, como se ha dicho, éste no se ha visto modificado.

Así pues, el motivo de impugnación ha de ser desestimado.

OCTAVO.- El siguiente motivo de impugnación alegado hace referencia a la falta de solvencia técnica o profesional de la adjudicataria, en lo que a la posibilidad de que ésta se integre por referencia a la de otras empresas se refiere, concretamente, a la subcontratación con la empresa GRUPO ASTER a estos efectos planteada. Al respecto, aduce diversas razones en las que fundamenta este concreto motivo de impugnación, que, en orden a facilitar su comprensión, analizaremos de forma separada, partiendo de la regulación que sobre este extremo contiene la LFCP y de las previsiones al efecto recogidas en las Condiciones Regulatoras del contrato.

El artículo 12.1 de la LFCP señala que podrán celebrar los contratos sometidos a dicha ley foral las personas que, entre otros requisitos, *“acrediten una solvencia económica, financiera y técnica o profesional suficiente para ejecutar la prestación contractual demandada”*; añadiendo en su artículo 17.1 que *“Quien licite deberá acreditar la solvencia técnica o profesional para la ejecución del contrato. Se entiende por solvencia técnica o profesional la capacitación técnica o profesional para la adecuada ejecución del mismo, bien por disponer de experiencia anterior en contratos similares o por disponer del personal y medios técnicos suficientes. El nivel de solvencia técnica o profesional será específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada a las características de la prestación contratada”*.

Por su parte, el artículo 18 del mismo cuerpo legal, al regular la valoración de la solvencia económica y técnica de quien licite, por referencia a otras empresas, establece que *“Para acreditar su solvencia, quien licite podrá basarse en la solvencia de otras empresas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas.*

En el supuesto de personas jurídicas dominantes de un grupo de sociedades se podrán tener en cuenta las sociedades pertenecientes al grupo, siempre y cuando aquellas acrediten que tienen efectivamente a su disposición los medios, pertenecientes a dichas sociedades, necesarios para la ejecución de los contratos.

En el supuesto de contratos reservados por motivos sociales regulados en el artículo 36, si quien licita es una Empresa de Inserción Sociolaboral, esta podrá aportar como solvencia la que hubiera tenido como Centro de Inserción Sociolaboral constituido al amparo del Decreto Foral 130/1999, de 26 de abril, por el que se regulan las ayudas económicas para el desarrollo de los programas de incorporación sociolaboral destinados a personas en situación de exclusión social, o al amparo de las normas correspondientes de aplicación en otras comunidades autónomas. A tal efecto la licitadora deberá incorporar un certificado del Servicio Navarro de Empleo-Nafar Lansare o del órgano correspondiente de la Administración que clasifique y registre los centros, haciendo constar que la Empresa de Inserción Sociolaboral continúa con la actividad desarrollada por el Centro de Inserción Sociolaboral.

En el caso de que la solvencia se acredite mediante la subcontratación, quien licita deberá aportar un documento que demuestre la existencia de un compromiso formal con los subcontratistas para la ejecución del contrato, sumándose en este caso la solvencia de todos ellos. Asimismo deberá acreditar, en la forma y condiciones establecidas en los artículos 16 y 17, que los subcontratistas disponen de los medios necesarios para la ejecución del contrato.”

Así pues, el precepto transcrito permite a los licitadores acreditar su solvencia basándose en la de otras empresas, contemplándose específicamente la posibilidad de acreditarla mediante la subcontratación, exigiéndose en este caso un compromiso formal con éstos para la ejecución del contrato, sumándose la solvencia de todos ellos, y debiéndose acreditarse por parte de éstos que disponen de los medios necesarios para ejecutar el contrato conforme a los artículos 16 y 17 de la LFCP. De hecho, la

reclamante no discute esta posibilidad, sino que cuestiona que la solvencia del adjudicatario pueda ser integrada, en este caso concreto, con la del GRUPO ASTER.

Expuesto el marco legal de aplicación a la cuestión objeto de controversia, procede, como se ha dicho, analizar las previsiones que al efecto contienen las Condiciones Regulatoras. Así, la cláusula I de las condiciones particulares del contrato, en relación con la solvencia técnica y profesional, exige *“1. Haber finalizado el licitador durante los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de convocatoria de la presente licitación, (fecha de referencia: 1 de noviembre de 2020), al menos una obra de rehabilitación o edificación de viviendas, con un presupuesto de contrata de importe igual o superior al 50% del precio de licitación (186.948,38.-€) (IVA excluido). Para acreditar este requisito será necesario presentar un certificado final de obra, que incluirá la liquidación final de obra, y/o certificado de buena ejecución de la obra suscrito por promotor y dirección facultativa que incluya la liquidación final de la obra.*

No se aceptará la suma de la ejecución de diversas obras, aunque el montante total de los presupuestos de las mismas supere la cantidad de 186.948,38.-€.

En el caso de que los licitadores se presenten en forma de UTE o similar, bastará con que al menos uno de los integrantes de la unión cumpla el requisito expresado, siempre que su participación en la UTE sea al menos del 50%.

2. Declaración responsable de hallarse inscrita la empresa o de obtener la inscripción en caso de resultar adjudicataria, en el Registro de Constructores poseedores de certificación de Gestión de Residuos (RCDs) de Navarra, en el epígrafe adecuado para la ejecución de la presente obra.

3. El personal mínimo exigido en la ejecución del contrato será el siguiente y cumplirá con las siguientes características:

a) Un/a Jefe/a de Obra:

Con titulación técnica universitaria en la rama de conocimiento de la arquitectura o de la ingeniería con experiencia demostrable como mínimo de cinco años como jefe de obra en obras de rehabilitación o edificación de viviendas.

b) Un/a encargado/a de Obra general con experiencia demostrable como mínimo de cinco años como encargado/a en obras de rehabilitación o edificación de viviendas.

Para acreditar estos requerimientos, se deberá aportar:

a) *Declaración expresa, designando la persona que se va a adscribir como Jefe/a de Obra y como encargado/a general.*

b) *Curriculum vitae (CV) de las personas que se hayan designado anteriormente, donde deberá aparecerá, al menos: formación y experiencia profesional, especificando las empresas, cargo y resumen de responsabilidades asumidas, por orden cronológico debiendo citar, en especial, las experiencias relacionadas con el alcance del trabajo.*

El CV deberá estar firmado por la persona/s propuesta/s con, como máximo, 3 meses de antigüedad respecto de la fecha de entrega de la documentación.”

Por su parte, la cláusula J señala que en el sobre A “Documentación General” deben presentarse los siguientes documentos: “A) *Declaración responsable de la persona licitadora conforme al modelo del Anexo I del Pliego de Condiciones Regulatoras para la contratación de Obras.*

B) *Acreditación de que las personas que licitan son Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro o Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o Empresas de inserción.*

C) *Si se trata de personas que licitan en participación conjunta o en Unión Temporal de Empresas, todas ellas deben ser Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro o Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o Empresas de inserción, y deben presentar obligatoriamente los siguientes documentos:*

B.1. *Cada una de las personas que licitan en participación conjunta o en UTE deben presentar la declaración responsable conforme al modelo de Anexo I del Pliego de Condiciones Regulatoras y la acreditación de que son CEE o EI.*

B.2. *Un documento privado en el que se manifieste la voluntad de concurrencia conjunta, se indique el porcentaje de participación que corresponda a cada persona y se designe una persona representante o apoderada única con facultades para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones derivadas del contrato hasta la extinción del mismo, firmado por las empresas concurrentes y la persona apoderada.*

D) *En caso de subcontratación, la persona licitadora en su declaración responsable (conforme al Anexo I) hará constar SÓLO si subcontratará o no y manifestará que está en posesión de un documento que demuestre la existencia de un compromiso formal con las personas que tienen capacidad para comprometer a la empresa subcontratista para la ejecución del contrato.*

NO es necesario incluir en el sobre A:

- Ni la documentación relativa a la SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA, TÉCNICA O PROFESIONAL.

- Ni la relación de subcontratistas ni los documentos del compromiso formal con ellos.

Esta documentación se pedirá exclusivamente a la persona licitadora a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación.”

En consonancia con ello, la cláusula 17ª de las Condiciones Regulatoras establece que el licitador cuya oferta sea la más valorada deberá presentar con carácter previo a la propuesta de adjudicación determinada documentación, entre la que se incluye la acreditativa de la solvencia y la subcontratación: “5. Documentación de acreditación de la solvencia técnica o profesional, en los términos establecidos en el apartado I de las Condiciones Particulares.

6. En el caso de subcontratación, la persona licitadora hará constar la relación de las personas subcontratistas y de que está en posesión de un documento que demuestre la existencia de un compromiso formal con las personas que tienen capacidad para comprometer a la empresa subcontratista para la ejecución del contrato. En el caso de que la solvencia técnica o económica se acredite mediante subcontratación la documentación que se exige en los apartados anteriores, deberá ser presentada por todas y cada una de las personas que concurran a la licitación y/o ejecución del contrato”.

A la vista de la regulación transcrita procede dar respuesta a cada una de las cuestiones que en relación con la solvencia técnica o profesional de la adjudicataria plantea la reclamante.

Sostiene, en primer lugar, la improcedencia de admitir la solvencia técnica presentada por la adjudicataria en base a que al presentar su oferta indicó que no precisaba de la solvencia de terceros, no expresando tampoco al presentar la documentación previa a la propuesta de adjudicación que se apoyaría en ésta señalando sólo que subcontrataría algunos trabajos. Señalando, asimismo, que no se ha justificado la disposición efectiva de dichos medios pues no cede los mismos, y que la declaración del GRUPO ASTER únicamente hace referencia a la solvencia para ejecutar los trabajos

indicados en el acuerdo de subcontratación que afecta a algunas de las partidas de la obra.

Al respecto, apunta la entidad contratante que conforme a las condiciones reguladoras las licitadoras no debían expresar en su oferta si pretendían valerse de la solvencia de terceros, debiéndolo acreditar únicamente quien va a ser propuesto adjudicatario; señalando, asimismo, que el hecho de que el documento de subcontratación sólo se refiera a algunas partidas nada tiene que ver con la solvencia que aporta el GRUPO ASTER.

Como puede comprobarse de la lectura de las cláusulas anteriormente transcritas de las condiciones reguladoras, éstas exigen que los licitadores formulen una declaración responsable conforme al modelo del anexo I del pliego, advirtiendo que no es necesario incluir en el sobre A ni la documentación relativa a la solvencia, ni la relación de subcontratistas, ni los compromisos con éstos; documentación que se pedirá únicamente a quien vaya a ser propuesto como adjudicatario. Y así procedió la adjudicataria, pues en su declaración responsable manifestó que reunía los requisitos de solvencia exigidos y que, en caso de resultar adjudicataria, subcontrataría parte de la ejecución del contrato; circunstancia que no merece reproche alguno pues, debemos insistir, las condiciones reguladoras no exigen a los licitadores que anticipen si van a integrar su solvencia con la de terceros, no incluyéndose, de hecho, tal manifestación en el modelo del anexo I del pliego.

Posteriormente, al atender el requerimiento de documentación remitido por la Mesa de Contratación con carácter previo a la propuesta de adjudicación, dicha licitadora, si bien no formuló una declaración expresa a este respecto, lo cierto es que, en contra de lo alegado por la reclamante, sí presentó documentación que acreditaba que se basaría en la solvencia de sus subcontratistas, aportando sendas declaraciones relativas a la capacidad y solvencia de sus subcontratistas (Fundación VARAZDIN y GRUPO ASTER), la documentación acreditativa de que éstos disponen de la solvencia técnica o profesional requerida en el pliego y los compromisos o acuerdos de subcontratación.

Dicho lo anterior, respecto a la justificación de la disposición efectiva de los medios de terceros, cabe traer a colación la doctrina de este Tribunal, contenida entre otros en nuestro Acuerdo 88/2020, de 7 de octubre, donde indicamos que *“Dicho lo anterior, la decisión de la mesa de contratación tampoco resulta ajustada a derecho, como alega la reclamante, desde la perspectiva del artículo 18 LFCP que permite a los licitadores acreditar su solvencia basándose en la de otras empresas. Posibilidad habilitada expresamente por dicha norma jurídica, no siendo preciso, por tanto, su previsión en el pliego regulador para que pueda utilizarse por los operadores económicos, tal y como pone de relieve la Resolución 91/2017, de 8 de agosto, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, cuando, al respecto, apunta que “el silencio de los pliegos no puede ser considerado como un prohibición que impide acudir a una fórmula legalmente establecida”.*

Efectivamente, dispone el precepto citado que “Para acreditar su solvencia, quien licite podrá basarse en la solvencia de otras empresas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas”. Previsión sobre la que, en nuestro Acuerdo 51/2017, de 1 de septiembre, señalamos que “A esto se debe añadir que en el caso de que el licitador no pueda acreditar la solvencia exigida por sus propios medios, esto no quiere decir que no pueda participar en el procedimiento de licitación ya que, conforme al artículo 15 de la LFCP, para acreditar su solvencia los licitadores podrán basarse en la solvencia de otras empresas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas. No obstante, en estos casos, como señala reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea – TJUE- (Sentencias de 14 de abril de 1994, asunto C-389/92; de 18 de diciembre de 1997, asunto C-5/97; de 2 de diciembre de 1999, asunto C-176/98 y de 18 de marzo de 2004, asunto C-314/01), corresponde al poder adjudicador comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado y esa disponibilidad no se presume, por lo que el poder adjudicador debe examinar minuciosamente las pruebas aportadas por el licitador.

Al respecto es bien clara la doctrina expresada en la última de las sentencias citadas cuando señala que “corresponde al prestador que pretenda referirse a las capacidades de organismos o empresas a los que esté unido por vínculos directos o indirectos, con el fin de que se admita su participación en un procedimiento de licitación, acreditar que dispone efectivamente de los medios de tales organismos o

empresas que no son de su propiedad y que son necesarios para la ejecución del contrato. (...) En efecto, una persona que invoque las capacidades técnicas y económicas de terceros a los que se proponga recurrir si se le adjudica el contrato sólo puede ser excluida en el caso de que no demuestre que, efectivamente, dispone de tales capacidades”.

Como ya dijimos en nuestros Acuerdos 41/2015, de 3 de junio, y 40/2016, de 26 de julio, en definitiva lo que se exige es que exista una puesta a disposición de los medios necesarios para la ejecución del contrato y no la simple presentación de un documento donde se señale que su emisor cumple o no los requisitos de solvencia.

En este sentido, el artículo 63, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE establece: “...un operador económico podrá, cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales..., o a la experiencia profesional pertinente, los operadores económicos únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades.” Dicho párrafo finaliza señalando: “Cuando un operador económico desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios, por ejemplo mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto.”

(...).

En conclusión, para poder basarse en la solvencia y medios de otras entidades, el licitador debe demostrar que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.”

De igual modo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 14 de enero de 2016 (Asunto C-234/14), comienza por recordar que las Directivas reconocen a los operadores económicos el derecho a basarse, para un contrato determinado, en las capacidades de otras entidades, “independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas”, siempre que demuestren ante la entidad adjudicadora que dispondrán de los medios necesarios para ejecutar dicho contrato; de forma que no es tanto la naturaleza o el grado de vinculación entre entidades, sino la demostración de que el licitador que lo propone acredite que, en el

caso de resultar adjudicatario, dispondrá de los medios necesarios, propios y ajenos, para la ejecución del contrato. Añadiendo que “A este respecto, los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 no permiten ni presumir que ese licitador dispone o no de los medios necesarios para la ejecución del contrato ni, menos aún, excluir a priori determinados medios de prueba. Por consiguiente, el licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios para la ejecución de un contrato determinado es libre de escoger, por un lado, qué tipo de relación jurídica va a establecer con ellos, y, por otro, qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esa relación jurídica”.

La presentación del compromiso de otros empresarios de poner a disposición del licitador los medios necesarios para la ejecución del contrato es sólo un ejemplo de prueba aceptable de que efectivamente va a disponer de esos medios, de manera que las citadas disposiciones no se oponen en absoluto a que el licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios para la correcta ejecución del contrato que ha ofertado se sirva de otras pruebas para demostrar la relación jurídica que le une a ellos.

En consecuencia, “procede responder a la cuestión planteada que los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un poder adjudicador pueda, mediante el pliego de condiciones de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, imponer a un licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios la obligación de suscribir con éstos un convenio de colaboración o bien de constituir con ellos una sociedad colectiva, con carácter previo a la adjudicación del contrato”.

En el supuesto analizado, la Mesa de Contratación no ha presumido que la adjudicataria disponía efectivamente de tales medios sino que esta disposición se ha justificado de manera expresa. Efectivamente, si atendemos a la documentación presentada por el GRUPO ASTER, se puede comprobar que se aporta una declaración que señala, conforme a lo exigido en los artículos 16 y 17, que disponen de los “medios necesarios para la ejecución del contrato que se nos va a subcontratar en la obra para la Reforma y rehabilitación de vivienda en edificio existente de Oronoz Mugaire”, así como que “aportamos para acreditar la solvencia técnica o profesional el certificado de la dirección facultativa de la obra de la residencia Roncesvalles realizada en el ejercicio anterior avalando la buena ejecución de la misma”; declaración que, en atención a la

doctrina citada, resulta suficiente a los efectos de probar la disposición efectiva de tales medios. Debiéndose advertir, además, que una simple comparativa de la solvencia exigida en las condiciones reguladoras y la acreditada por los subcontratistas pone de relieve que la solvencia justificada no se refiere, exclusivamente, a la parte del contrato objeto de subcontratación, pues la acreditada por los subcontratistas es muy superior a aquélla.

En consecuencia, procede la desestimación de la alegación en tales términos formulada.

Aduce la reclamante, en segundo lugar, que el acuerdo de subcontratación con GRUPO ASTER no es admisible como justificación de la solvencia técnica por ser de fecha posterior a la presentación de la oferta por la adjudicataria; extremo negado de contrario por la entidad contratante que sostiene que tal circunstancia resulta intrascendente, además de ser consecuencia del cumplimiento de las condiciones particulares que sólo exigen aportarlo, en su caso, a quien vaya a ser propuesto como adjudicatario del contrato.

Es un hecho acreditado por el expediente que la documentación aportada por VARAZDIN, con carácter previo a la propuesta de adjudicación, para justificar su solvencia y, ligada a ella, la relativa a la subcontratación parcial de la obra, tiene fecha de los días 15 y 16 de marzo de 2021, es decir, con posterioridad al requerimiento formulado con tal objeto por la Mesa de Contratación y, por tanto, también con posterioridad a que finalizara el plazo de presentación de ofertas.

Empero, debemos recordar nuevamente que las condiciones reguladoras no exigen la presentación de la relación de subcontratistas ni los documentos del compromiso formal con ellos; y, partiendo de ello, obligado es concluir que no cabe confundir la necesidad de que el requisito de solvencia exigido concurra en el momento en que finalice el plazo de presentación de proposiciones, como requisito necesario para concurrir al procedimiento, con su acreditación documental, en este caso, las declaraciones realizadas por los subcontratistas respecto a su capacidad y solvencia, así como los acuerdos de subcontratación. Resultando así que estas últimas podrán ser, por

tal motivo, posteriores a la fecha de fin de presentación de ofertas, es decir, suscritas con motivo del requerimiento previo a la propuesta de adjudicación.

Así lo pone de relieve el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 668/2018, de 12 de julio, que este Tribunal comparte y conviene traer a colación por su similitud al caso que nos ocupa, pues refiriéndose a un supuesto en que el pliego exige que las condiciones de solvencia se acrediten mediante declaración responsable y determina la obligación del propuesto como adjudicatario de acreditar el cumplimiento de las citadas condiciones, que han de concurrir a la fecha límite de presentación de proposiciones, prevé también que cuando el licitador pretenda acreditar su solvencia mediante la solvencia y medios de otras entidades deberá justificar la suficiencia de dichos medios y presentar el documento correspondiente de compromiso de disposición de dichos medios; y analiza si tal acreditación ha tenido lugar en plazo, admitiendo que el documento de compromiso de disposición de los medios del tercero empleados para integrar su solvencia sea de fecha posterior a la fecha límite de presentación de proposiciones. Dice así la citada Resolución:

“Quinto. El fondo del asunto objeto del recurso, en esencia, se reduce a determinar si la recurrente ha acreditado o no en plazo las condiciones de capacidad, representación, solvencia y habilitación y cumplimiento de obligaciones tributarias exigidas en la cláusula 20 del PCAP, y si entre esas condiciones está la de acreditar el compromiso de disposición de los medios del tercero empleados para integrar su solvencia, y, más en particular, si el documento de compromiso ha de ser de fecha anterior a la fecha límite de presentación de proposiciones o si, por el contrario, puede ser de fecha posterior.(...).

El segundo aspecto es el relativo a la doctrina del TJUE sobre la integración de la solvencia con medios de terceros, en general, y su aplicación por este Tribunal en particular.

Esa doctrina es creación jurisprudencial del TJUE, que configura la facultad de los operadores económicos de integrar su solvencia acudiendo a las capacidades y medios de terceros como un auténtico derecho, que se consagró normativamente en los artículos 47 y 48 de la Directiva 2004/18. Esa doctrina se concretó en las sentencias de 14 de abril de 1994 y 18 de diciembre de 1997 (Asuntos C-389/92 y C-5/97, Ballast Nedam Groep NV) y otras posteriores.

Esa doctrina se recoge en nuestra Resolución 525/206, de 1 de julio de 2016 (Rec. nº 448/2016) en la que se determina lo siguiente: (...).El caso resuelto en dicha resolución es análogo al que es objeto del presente recurso, pues en él que se requirió al propuesto como adjudicatario la documentación acreditativa de los requisitos previos que no se aportó correctamente, por lo que se concedió subsanación, trámite en que el recurrente aportó los medios del tercero. Se estimó el recurso.

Dicha doctrina jurisprudencial sobre la integración de la solvencia con medios ajenos se reproduce y se aplica en nuestra Resolución nº 1090/2017, de 17 de noviembre de 2017, Rec. nº 810/2017, en la que se recoge lo siguiente (...).

Una cosa es la solvencia, sea la propia o la de los terceros, cuya existencia debe existir a la fecha límite de presentación de proposiciones, y otra muy distinta la acreditación por el licitador de que dispondrá de esos medios de terceros, que ha de acreditarse antes de la adjudicación por el propuesto como adjudicatario. (...)

Por su parte, el compromiso de disponibilidad de los medios de terceros para integrar su solvencia con la de aquéllos es suficiente y además en relación con obligaciones que son reconocibles también por esos terceros, y en particular el órgano de contratación y que en este caso existen desde que se firma el contrato que fue aportado y cuya fecha es posterior al plazo de finalización de las ofertas, pero anterior a la adjudicación, y han sido aportados en el plazo exigido por el artículo 151.2 del TRLCSP”.

Como puede apreciarse en el caso resuelto en la citada Resolución 1.090/2017 se distingue entre la existencia de los medios de solvencia propios y los de terceros a la fecha límite de presentación de ofertas, y la de la acreditación de la disponibilidad de tales medios por el propuesto como adjudicatario durante toda la duración de la ejecución del contrato, que se admite que el medio de prueba haya sido expedido con fecha posterior a aquella otra de presentación de proposiciones que sirve para acreditar la existencia de las capacidades y medios propios y del tercero, todo ello de acuerdo con la jurisprudencia expuesta del TJUE.

Sexto. Entrando ya en la cuestión de fondo del recurso interpuesto, la entidad XR PASEO MALLORCA 30 SL impugna la decisión del Presidente de entender retirada la propuesta, ya que considera que aportó toda la documentación que le fue requerida y acreditó las capacidades y medios de un tercero, la empresa ARCE TRIBALDOS, S.L., a la que acudió para integrar su solvencia, existentes antes del fin del plazo de presentación de proposiciones, así como su disponibilidad durante toda la ejecución

del contrato mediante el compromiso suscrito por esta empresa de puesta a disposición de esas capacidades y medios durante toda la vigencia del contrato, documento suscrito por el tercero en el plazo de aportación de documentación requerida a PASEO MALLORCA 30 como licitadora propuesta como adjudicataria.

Entre la documentación que le fue requerida a XR PASEO MALLORCA 30 SL, en lo que interesa a este recurso ya que fue el fundamento para entender retirada su oferta, se encontraba el compromiso del representante de la empresa ARCE TRIBALDOS, SL de poner a disposición de la empresa XR PASEO MALLORCA 30, SL la solvencia y medios materiales y personales necesarios suficientes para garantizar el servicio de bares/restaurantes en el Hipódromo de Son Pardo, con fecha 2 de mayo de 2018.

Debe señalarse que la presentación de la declaración o compromiso de la empresa ARCE TRIBALDOS, SL se hace tras un primer requerimiento de justificación de la solvencia técnica, apreciado por la Mesa de Contratación celebrada el día 27 de abril de 2018, que se refería a los servicios realizados en los últimos cinco años por la empresa recurrente que resultó clasificada, tras apreciar su oferta, en primer lugar. En atención de este requerimiento la recurrente presenta una novedosa documentación referida a la empresa ARCE TRIBALDOS, SL. Como advierte la Mesa de Contratación de 2 de mayo de 2018 el compromiso de aportar la solvencia necesaria a la empresa XR PASEO MALLORCA 30, SL es posterior a la fecha que debía presentarse la oferta, el 23 de marzo de 2018, sin que se procediera a la apertura de un nuevo trámite de subsanación.

Pues bien, de los antecedentes expuestos antes, resulta indudable que en el PCAP no se contiene exigencia alguna a los licitadores de presentar un documento declaración con contenido semejante al DEUC, de lo que resulta que no se exige que, en caso de acudir a las capacidades y los medios de terceros para integrar la solvencia propia, deba declararse previamente esa intención. Simplemente, se prevé que los licitadores puedan hacer uso de lo previsto en el artículo 63 del TRLCSP, relativo a la integración de la solvencia con medios ajenos. Por estas causas, el órgano de contratación no niega y sí acepta que el empleo de medios y capacidades de ARCE TRIBALDOS por la recurrente es correcta, aunque no se haya anunciado en la declaración responsable aportada en el sobre de la documentación administrativa, así como que la solvencia conjunta es suficiente y existe en fecha anterior a la final de presentación de proposiciones, e incluso no niega que se hayan invocada esas

capacidades y medios de tercero en trámite de subsanación concedido por el órgano de contratación.

El OC solo objeta que el documento del compromiso del tercero de poner a disposición del licitador sus medios y capacidades no tiene fecha anterior a la fecha límite de presentación de proposiciones sino posterior, lo que implica, en su opinión, que las condiciones de solvencia no existían en el momento determinado por el PCAP. Es decir, considera que el compromiso de la empresa que se obliga a aportar los medios necesarios para acreditar la capacidad y solvencia de una licitadora debe existir en el momento de presentación de la oferta de ésta, sin perjuicio que la acreditación de este compromiso sea posterior a la fecha de presentación de la oferta.

Este Tribunal no comparte el criterio el órgano de contratación. En primer lugar, porque confunde las condiciones de solvencia exigidas con la disponibilidad de esas capacidades medios durante la ejecución del contrato y su acreditación. Y, en segundo lugar, porque una cosa es la existencia del compromiso de puesta a disposición y otra el medio de prueba de su acreditación.

Lo que tiene que existir a la fecha límite de presentación de proposiciones son las condiciones de capacidad, representación, solvencia y habilitación y cumplimiento de obligaciones tributarias exigidas en el PCAP. Si el licitador tiene que acudir a un tercero para completar o integrar su solvencia es que no reúne esa solvencia en la fecha límite antes indicada, por lo que ha de acudir a los de un tercero, que ha de tener esa solvencia en dicha fecha. Son pues las capacidades y solvencias respectivas de ambos, licitador y tercero, las que deben existir a la fecha indicada.

Cuestión distinta es la existencia del acuerdo o pacto del tipo y forma que sea, por el que el tercero pone sus medios y capacidades a disposición del licitador. Sobre este extremo, lo único que tiene que acreditar el interesado es que tiene esa disposición durante toda la ejecución del contrato, y ha de hacerlo a requerimiento del OC. Pues bien, sobre este aspecto, ya hemos expuesto que la jurisprudencia del TJUE no admite limitaciones a esos pactos ni a su forma, y solo admite que el órgano de contratación pueda exigir la acreditación de la disponibilidad por el licitador cuando lo exija el órgano de contratación, disponibilidad que se refiere al periodo de duración del contrato, es decir, a la ejecución del mismo. Sobre este extremo, la doctrina expuesta del TJUE es que:

“52. A tal fin, si bien el licitador debe probar que dispone efectivamente de los medios de éstas, que no le pertenecen en sentido propio y que son necesarios para la

ejecución de un determinado contrato, sin embargo es libre de escoger, por un lado, qué tipo de relación jurídica va a establecer con las otras entidades cuya capacidad invoca a efectos de la ejecución de ese contrato y, por otro, qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esos vínculos (sentencia de 14 de enero de 2016, Ostas celtnieks, CÁ.234/14, EU:C:2016:6, apartado 28). (...).

Pues bien, el pacto o acuerdo entre el licitador y el tercero puede adoptar la forma que deseen y ser de cualquier tipo, por ello no puede exigirse que sea anterior a la fecha límite de presentación de proposiciones, en especial porque es un derecho del licitador, y menos aún, que se pruebe su existencia anterior. Y, por otra parte, solo se le puede requerir que acredite que tiene esa disposición en el momento del requerimiento, disposición que se refiere al periodo de ejecución del contrato, con arreglo a lo que determina dicha doctrina, la Directiva 2004/18, la Directiva 2014/24, y en fin, el artículo 63 del TRLSP, y como claramente exige también el artículo 75.1 de la Ley 9/2017, de CSP, que determina lo siguiente: (...)

Es decir, lo que tiene que acreditar el licitador no es la existencia del vínculo con el tercero, sino que dispondrá efectivamente de los medios del tercero durante toda la duración de la ejecución del contrato, es decir, en el futuro, y lo que ha de acreditar es esa disponibilidad, que es distinto que la existencia de las condiciones de solvencia, por lo que la fecha del documento de compromiso puede ser perfectamente posterior a la fecha límite de presentación de proposiciones, lo que por otra parte, es congruente y similar con lo que venimos sosteniendo respecto de la acreditación de la disposición efectiva de los medios que el licitador se haya comprometido adscribir a la ejecución del contrato, que se acredita tras la fecha del requerimiento para el futuro constituido por el tiempo de ejecución del contrato, y por tanto, en fecha de expedición de los documentos de acreditación que, por supuesto, pueden ser de fecha posterior al requerimiento de su aportación.

En este sentido nos hemos manifestado en las Resoluciones de este Tribunal citadas más arriba, números 525/2016 y 1090/2017, con apoyo, además, en la jurisprudencia citada del TJUE, que configura la integración de la solvencia con medios ajenos como un auténtico derecho de los operadores económicos, que no admite restricciones a priori, salvo excepciones, por el OC, y solo exige aportar la acreditación de su disponibilidad a requerimiento del OC, de futuro durante la ejecución del contrato, sin exigir la existencia del acuerdo entre el licitador y el tercero

a una fecha determinada, ni tampoco que la prueba de la disposición de los medios exista un fecha determinada.

La empresa recurrente ha acreditado su solvencia integrándola con la de un tercero, solvencia que existía a la fecha límite de presentación de las proposiciones por los licitadores, y ha acreditado que va a disponer de las capacidades y medios del tercero durante toda la duración de la ejecución del contrato, mediante documento de compromiso del tercero expedido tras el requerimiento del órgano de contratación, todo ello conforme a lo determinado en el artículo 63 del TRLCSP, y las Directivas comunitarias y de acuerdo con la doctrina del TJUE que crea ese derecho e interpreta dichas Directivas, sin que medie infracción alguna del PCAP.”

Y esto es, como hemos apuntado, lo que acontece en el supuesto examinado, pues habiendo acreditado la adjudicataria que la solvencia de los subcontratistas existía en la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, no existe obstáculo legal al hecho de que el documento justificativo del compromiso correspondiente se suscriba con posterioridad a dicha fecha, cuando la Mesa de Contratación requirió su aportación; motivo por el cual procede también la desestimación de esta alegación.

Apunta la reclamante, en tercer lugar, que no puede admitirse que la adjudicataria integre su solvencia con GRUPO ASTER por cuanto - tratándose de una licitación reservada a centros especiales de empleo sin ánimo de lucro, de iniciativa social o empresas de inserción – éste no reúne tal condición, frustrándose así la finalidad de la reserva de la licitación. Alegación que no puede tener favorable acogida, toda vez que el artículo 36.9 LFCP admite en los contratos reservados subcontratar con entidades que no reúnan tal condición, al disponer que *“El porcentaje máximo de contratación que se permitirá en los contratos reservados será del 20% del precio del contrato, salvo que la subcontratación se realice con otro Centro Especial de Empleo o Empresa de Inserción, o con la entidad promotora de la Empresa de Inserción adjudicataria del contrato, siempre que la entidad hubiera sido calificada con anterioridad como Centro de Inserción Sociolaboral y el porcentaje de trabajadores de la misma que hayan estado sometidos a procesos de inserción sea como mínimo del 50 por 100, en cuyo caso se aplicará el régimen general de subcontratación previsto en esta Ley Foral”*; porcentaje que, según indica la entidad contratante, no ha sido rebasado.

Finalmente, también niega la reclamante que GRUPO ASTER pueda aportar su solvencia en base a que en su objeto social no se comprende la construcción.

Como indica el Informe 2/2013, de 23 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, no existe duda alguna doctrinal sobre la necesidad de que el objeto social de las personas jurídicas licitadoras ampare la actividad concreta del objeto de la prestación que se contrata – cuestión sobre la que profundizaremos más adelante -; requisito de capacidad exigible, igualmente, a los subcontratistas para, como señala la Resolución 116/2016, de 23 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, “evitar que recurriendo a esta vía – los subcontratistas – tengan acceso a los contratos a los que no lo tendrían como contratistas principales”, si bien, obviamente, limitado a la parte del contrato cuya subcontratación se propone.

Dicho lo anterior, consta en el expediente la escritura de constitución de la mercantil GRUPO ASTER, donde se señala que la sociedad tiene por objeto, entre otros, “*La compra, venta, diseño, instalación, reparación, mantenimiento y comercialización de electrodomésticos, mantenimiento y comercialización de electrodomésticos, maquinaria para hostelería y mobiliario de todo tipo, en un plan industrial y comercial*”; constando también el acuerdo de subcontratación donde se señala que ésta afectará a la ejecución de determinadas unidades de obra correspondientes a tabiquería, aislamientos, carpintería y revestimientos.

Ciertamente, la amplitud de los términos de tal objeto social puede plantear dudas sobre las prestaciones amparadas por el mismo, si bien como expresa el informe 11/2008, de la Junta Consultiva del Gobierno de las Islas Baleares, cabe interpretar que las prestaciones objeto del contrato deben estar comprendidas en los fines, objeto o ámbito de actividad de la empresa, sin que sea necesaria la coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato; siendo suficiente que se pueda interpretar que las prestaciones objeto del contrato encajan o quedan amparadas o englobadas en estos fines, objeto o ámbito de actividad. Y es que como apunta el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 396/2015, de 30 de abril, ha de efectuarse una interpretación amplia del objeto social de las sociedades

mercantiles, de tal forma que se entiendan comprendidos en dicho objeto no sólo los actos de desarrollo y ejecución del objeto social de forma directa o indirecta, sino también los complementarios o auxiliares para ello y los denominados actos neutros o polivalentes.

Siguiendo por lo tanto tal criterio, en el presente supuesto, aunque no hay una identidad entre la definición del objeto social de la empresa con las prestaciones objeto del contrato, debe entenderse a ésta con suficiente capacidad de obrar para la ejecución de las unidades subcontratadas pues están, siquiera indirectamente, relacionadas con la instalación, reparación y mantenimiento de la maquinaria y mobiliario de hostelería e industrial que realiza, por cuanto es razonable entender que tales actividades requieran la realización de las actuaciones en la tabiquería, revestimientos, aislamientos y carpintería que resulten necesarias para la correcta instalación de tales equipamientos. No pudiéndose obviar, al respecto, que al objeto de justificar su solvencia técnica o profesional, ha aportado un certificado en el que se acredita la ejecución por parte de dicha empresa de los trabajos de reforma parcial de un edificio para residencia de estudiantes en Pamplona; lo que, a mayor abundamiento, lleva a considerar que sin duda desarrolla trabajos análogos a los que ahora se le van a subcontratar.

Procede, pues, también la desestimación de la alegación al respecto formulada; y, con ello, la del motivo de impugnación aducido en relación con la falta de solvencia del subcontratista.

NOVENO.- Como siguiente motivo de impugnación alega la reclamante que la subcontratación de una fundación vinculada a la adjudicataria, que no debió admitirse por no ser natural que este tipo de organizaciones desarrollen actividades económicas, ha desvirtuado la competencia efectiva en la licitación, pues ha permitido que concurriera a la licitación con una oferta fuera de mercado. Consideraciones negadas de contrario por la entidad contratante, quien sostiene que la LFCP no prohíbe la contratación pública con fundaciones y pone de manifiesto la falta de argumentación y prueba del motivo alegado.

La suerte de este motivo de impugnación ha de ser claramente desestimatoria, toda vez que carece de toda argumentación, pues ya de entrada no puede sostenerse la

afirmación de que la adjudicataria ha realizado una oferta claramente fuera de mercado, cuando la oferta económica formulada ni tan siquiera puede ser calificada, conforme a los criterios previstos en la cláusula M de las condiciones particulares del contrato, de oferta anormalmente baja.

De otro lado, constan en el expediente remitido a este Tribunal la escritura de constitución de la Fundación VARAZDIN de 28 de octubre de 2005 y la de modificación estatutaria, de 20 de abril de 2010; bastando la lectura de la enumeración de actividades contenida en el artículo 6 de sus estatutos para verificar que dicha fundación, al contrario de lo alegado, sí puede desarrollar actividades económicas y, por tanto, intervenir en el mercado.

En otro orden de cosas, consta en el expediente la escritura de constitución de VARAZDIN EMPRESA DE INSERCIÓN SOCIOLABORAL, S.L., por parte de la FUNDACIÓN VARAZDIN como única socia, de fecha 19 de marzo de 2018; resultando evidente, en consecuencia, la vinculación entre ambas entidades.

Empero, como bien apunta la entidad contratante, la LFCP no establece ninguna limitación o prohibición a este respecto, no existiendo impedimento legal alguno a la subcontratación con entidades vinculadas, tal y como expone el Informe 17/2008, de 7 de octubre, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, que admite la posibilidad de subcontratar la totalidad del contrato con empresas vinculadas. Posibilidad también reconocida en la precitada Resolución 116/2016, de 23 de junio, del Tribunal de Madrid.

DÉCIMO.- El último motivo de impugnación en el que la reclamante fundamenta la pretensión principal deducida es el relativo a que la adjudicataria carece de la aptitud necesaria para concurrir a la licitación, por cuanto, siendo el objeto de la licitación un contrato de obras, dentro de su objeto social no se encuentra la construcción propiamente dicha, sino la prestación de servicios auxiliares; consideraciones a las que se opone la entidad contratante aduciendo que tal conclusión obedece a una interpretación rigorista del objeto social de los licitadores alejada de la doctrina de los tribunales de contratación.

Como hemos anticipado en el fundamento de derecho octavo, la capacidad de obrar de las personas jurídicas se define con carácter general y para cualquier contrato, por su objeto social; resultando así necesario que el objeto social de las personas jurídicas licitadoras ampare la actividad concreta del objeto de la prestación que se contrata, sancionándose la falta de capacidad de obrar con la nulidad de pleno derecho del contrato. Si bien, como concreta la doctrina, es suficiente que se pueda interpretar que las prestaciones objeto del contrato encajan o quedan amparadas o englobadas en estos fines, objeto o ámbito de actividad de la empresa, sin que sea necesaria la coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato. Dicho en otros términos, no es preciso que la redacción del objeto social en los estatutos de la licitadora sea en idénticos términos a los que definen las prestaciones objeto del contrato, bastando con que se encuentren dentro del "ámbito de actividad" de aquélla; no pudiéndose exigir, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 879/2018, de 29 de mayo, una coincidencia literal, admitiendo únicamente fórmulas miméticas, por resultar incompatible con una interpretación integral y racional de los servicios a prestar por las diferentes empresas.

Así lo indicamos, entre otros, en nuestro Acuerdo 80/2020, de 18 de septiembre, donde razonamos que *“Como recuerda la Resolución 730/2020, de 26 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la necesidad de que el objeto social de las personas jurídicas licitadoras ampare la actividad concreta del objeto de la prestación que se contrata tiene como finalidad evitar que pueda resultar adjudicatario de un contrato público una mercantil cuya actividad no tenga relación con las prestaciones a desempeñar, pero esa finalidad no puede convertirse mediante una aplicación restrictiva en una limitación de la libre competencia; exigiéndose así que las prestaciones objeto del contrato estén comprendidas en los fines, objeto y ámbito de la actividad de la empresa.*

De igual modo, la Resolución 27/2012, de 13 de marzo de 2012, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, señala que “(...) Una interpretación restrictiva de estos conceptos (objeto social, fines y ámbito de actividad) implicaría una restricción del principio de libertad de acceso a las licitaciones que iría en contra de la Directiva 2004/18/CE y de la LCSP.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el contenido del artículo 46 de la LCSP en el Fundamento de Derecho Cuarto de su Resolución 247/2011, de 26 de octubre, manifiesta lo siguiente: No es, por tanto, ajena a la normativa de contratación pública la exigencia de que el objeto social de una empresa que desee contratar con la Administración deba ser acorde con el objeto del contrato que pretende que se le adjudique, ni el requerimiento de que la acreditación de tal concordancia se haga mediante la presentación de la escritura o de los estatutos de la sociedad en los que deberá poderse comprobar que existe dicha concordancia.

La propia Resolución alude a diversos informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que avalan dicho planteamiento (20/02 y 32/03).

En este mismo orden, parece procedente citar aquí el Informe 4/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias cuya conclusión es que: “Las personas jurídicas sólo 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, sin que sea necesaria la coincidencia literal de los términos en que estén descritas las actividades que integran el objeto social y las prestaciones que integran el objeto del contrato”.”

De igual modo, la Resolución 159/2014, de 28 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, señala que “(...)Como dice la Resolución 231/2013 de este Tribunal: “En este sentido, se debe recordar que, tal como se indicó en las resoluciones de este mismo Tribunal, nº 148/2011 y 154/2013, si bien, no se exige para apreciar la capacidad de los licitantes que exista una coincidencia literal y exacta entre el objeto del contrato descrito en los Pliegos y el reflejado en la escritura, sí tiene que existir una relación clara, directa o indirecta, entre ambos objetos, de forma que no se pueda dudar de que el objeto social descrito en la escritura comprende todas las prestaciones objeto del contrato y que atribuye, por tanto, a la sociedad la capacidad necesaria para efectuar dichas prestaciones, lo que no ocurre en el caso presente pues los servicios de asesoramiento y atención a los inmigrantes exigidos en el contrato son mucho más específicos y van mucho más allá que los servicios telefónicos generales o de marketing e intermediación descritos en las escrituras aportadas por la recurrente”. Doctrina también recogida, entre otros, por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, que en su Resolución

386/2017, de 21 de diciembre, concluye que *“Siendo claro y preciso el objeto del contrato, la capacidad de obrar de los licitadores habrá de estar referida a una o varias de dichas prestaciones, sin perjuicio de que además las empresas deban acreditar con su solvencia que cuentan con los medios y recursos necesarios para su realización, ya sea humanos, materiales, equipos o sistemas”*.

Así pues, lo determinante para apreciar la capacidad de obrar es la comparación con el objeto social que figura en la escritura de constitución y el definido en el pliego regulador del contrato. Debiendo este Tribunal examinar si en el presente caso se produce encaje o coincidencia, aunque sea indirecta, entre las prestaciones objeto del contrato y el ámbito de actividad de la persona adjudicataria. Veámoslo.

Conforme a lo dispuesto en la cláusula B de las Condiciones particulares, el objeto del contrato es *“la ejecución de la obra de reforma y rehabilitación de 4 viviendas en edificio existente, concretamente en el bloque 4 del Parque de Camineros, situado en la parcela 43 del polígono 6 en la subparcela 5 de Oronoz Mugaire (Navarra)”*; indicándose como CPV *“45211300 – Trabajos de construcción de viviendas”*. Objeto que es precisado por la memoria técnica valorada que forma parte del expediente, en los siguientes términos: *“1. Por un lado, realizar las obras de acondicionamiento necesarias en las dos viviendas de la planta primera para que sean habitables y se adecuen de forma correcta a las condiciones de habitabilidad y de confort exigidos por la normativa vigente. 2. Por otro lado, redistribuir la segunda planta de forma que las dos viviendas existentes se transformen en tres, creando así unidades de vivienda más pequeñas que den una mejor respuesta a las necesidades del ayuntamiento”*. Concretando que *“los trabajos a realizar se pueden dividir en tres grupos:*

- *Arreglo de elementos comunes.*

Se trata de renovar los acabados superficiales mediante el revestido del solado en portal y reparación y pulido de las escaleras y descansillos en terrazo.

Sustitución de la instalación eléctrica y ejecución de la instalación de emergencias, evacuación y protección contra incendios requerida por la normativa vigente.

La sustitución de la puerta del portal.

- *Adecuación de las viviendas.*

Mejora de la eficiencia energética mediante el aislamiento de las fachadas y paredes entre viviendas y entre viviendas y zonas comunes y sustitución de la carpintería.

Reforma de las viviendas a las condiciones de habitabilidad y confortabilidad necesarias.

• *Acondicionamiento de las instalaciones necesarias para un adecuado funcionamiento de las viviendas mediante la instalación del sistema de calefacción y la renovación del sistema eléctrico y de fontanería.”*

De otro lado, consta en el expediente la escritura de constitución de la entidad adjudicataria, de fecha 19 de marzo de 2018, que incorpora sus estatutos, cuyo artículo 2 establece que la sociedad “*tendrá como fin de su objeto social la integración y formación sociolaboral de personas en situación o riesgo de exclusión social como tránsito al empleo ordinario en el ámbito de realización de actividades económicas de producción de bienes y prestación de servicios en cualquier sector del mercado, con especial dedicación a mujeres en situación de precariedad, exreclusos, inmigrantes, personas con algún tipo de discapacidad, jóvenes, mayores de cuarenta y cinco años, etcétera*”, señalando, seguidamente, las actividades que para su realización puede llevar a cabo la entidad y que se enumeran a continuación:

“a) La prestación de servicios industriales de recuperación de embalajes, lavado y reutilización de vasos, limpieza y sustitución de elementos, montaje, manipulado, tildado, control y reprocesamiento de piezas defectuosas, CNAE 8122 (otras actividades de limpieza industrial y de edificios)

b) La prestación de servicios auxiliares en el sector de la construcción y de la obra civil CNAE 8299 (otras actividades de apoyo a las empresas n.c.o.p.)

c) La prestación de servicios de mudanza. CNAE 4942 (servicios de mudanza)

d) La prestación de servicios de mantenimiento, reparación y limpieza de toda clase de edificios, viviendas, naves, locales. CNAE 8129 (otras actividades de limpieza)

e) La prestación de servicios de portería y conserjería en edificios e instalaciones de todo tipo. CNAE 8110 (servicios integrales a edificios e instalaciones)

f) La prestación de servicios de mantenimiento y limpieza de jardines CNAE 8130 (actividades de jardinería)

g) La comercialización y venta de productos CNAE 4799 (comercio al por mayor no especializado)

h) La organización y desarrollo de acciones formativas, educativas, culturales y de sensibilización e investigación relacionadas con la población excluida para promover su inclusión sociolaboral, la prospección del mercado de trabajo y la preparación de candidatos para la búsqueda de empleo y autoempleo. CNAE 8559 (otra educación n.c.o.p.)”.

Como se ha dicho, la resolución de la controversia planteada demanda una comparativa entre las prestaciones del contrato y el objeto social de la licitadora; y lo cierto es que, realizada la misma, se puede apreciar, sin necesidad de realizar una interpretación excesivamente amplia del referido apartado de los estatutos sociales, que las prestaciones del contrato sí se hallan comprendidas dentro del objeto propio de la entidad adjudicataria, no ya por referencia a la actividad identificada de servicios auxiliares en el sector de la construcción y de la obra civil a la que alude la entidad contratante en sus alegaciones, sino por cuanto los citados estatutos contemplan expresamente dentro de su objeto social la reparación de edificios, viviendas, naves y locales.

Abunda en lo anterior, la circunstancia alegada por la entidad contratante relativa a que la adjudicataria se encuentra inscrita en el Registro de Constructores-Poseedores de RCD's regulado en el Decreto Foral 23/2011, de 28 de marzo, por el que se regula la producción y gestión de los residuos de la construcción y demolición en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra, pues resulta indicativa de que realiza trabajos de construcción, toda vez que la gestión de residuos en obra está incluida dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo del sector de la construcción.

En definitiva, ha quedado acreditada la adecuación del objeto social de la adjudicataria a la prestación objeto de licitación, ostentando, por tanto, la capacidad de obrar exigida en el artículo 12.1 de la LFCP; de forma que no cabe sino la desestimación también de este motivo de impugnación y, por tanto, la de la pretensión deducida por la reclamante con carácter principal.

UNDÉCIMO.- Desestimada la pretensión principal formulada procede analizar la deducida con carácter subsidiario que postula la rectificación de la valoración que se ha otorgado a la adjudicataria en lo que al criterio social de adjudicación se refiere, pues

habiendo obtenido diez puntos por comprometerse a la subcontratación de la partida de limpieza final de la obra, no justificó tal compromiso en la documentación aportada; circunstancia de la que deduce que, antes de la adjudicación puso de manifiesto que abandonaba su compromiso y que determina, a su juicio, que antes de tal decisión, debieron retirarle los puntos asignados.

Cabe advertir que la reclamante fundamenta su alegación en una reproducción parcial del criterio de adjudicación previsto en las condiciones reguladoras, obviando su inciso final, que alude precisamente al momento en que debe acreditarse el cumplimiento de la oferta, y que resulta determinante, avanzamos ya, para su desestimación.

Así, la cláusula M de las condiciones particulares del contrato establece, entre los criterios de adjudicación valorables mediante la aplicación de fórmulas, el siguiente:

“4- Criterios de carácter social (máximo 10 puntos)

Se valorará con 10 puntos la oferta que se comprometa a subcontratar con uno o varios Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro, Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o Empresas de inserción (CEE/EI), la limpieza final de obra.

Se valorará con 0 puntos la oferta que no se comprometa.

La persona adjudicataria deberá acreditar a NASUVINSA el cumplimiento del presente criterio una vez ejecutada la limpieza final de la obra presentando las correspondientes facturas con el o los CEE/EI.”

Por su parte, la cláusula J de las citadas condiciones señalan que los licitadores deben incluir en el sobre C un *“compromiso de subcontratar con uno o varios Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro, Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o Empresas de inserción (CEE/EI), la limpieza final de obra”*.

Así pues, resulta evidente, conforme a lo previsto en las condiciones, que la oferta se limita a un compromiso, y no es sino hasta la ejecución de la limpieza final de la obra cuando se debe justificar su cumplimiento; tipificando, en consonancia con ello, la cláusula O como falta muy grave el incumplimiento del compromiso del criterio

social, estableciendo una penalidad máxima del 10% del precio de adjudicación del contrato.

Siendo esto así, de la documentación aportada por la adjudicataria con carácter previo a la adjudicación en modo alguno cabe apreciar el denunciado abandono del compromiso ofertado por la adjudicataria, ni mucho menos cabe concluir de la misma la procedencia de rectificación de la puntuación otorgada al respecto; lo que nos lleva, en definitiva, a la desestimación de la pretensión formulada.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por MURIBA CONSTRUCCIÓN, S.L. frente a la adjudicación del contrato “*Reforma y rehabilitación de vivienda en edificio existente de Oronoz Mugaire*” a VARAZDIN Empresa de Inserción Sociolaboral, S.L., por parte de NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (NASUVINSA).

2º. Notificar este acuerdo a MURIBA CONSTRUCCIÓN, S.L., a NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (NASUVINSA), así como al resto de interesados que figuren en el expediente a los efectos oportunos, y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 8 de junio de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu.