

**Exp: PAS-OBR 012/21**

**OBJETO:** Contrato de obra para de adaptación parcial del sótano para el área de vestuarios y habitaciones de médicos de guardia para el Hospital Universitario Fundación Alcorcón.

## **AL SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD CONSEJERÍA DE SANIDAD**

**DON EUSEBIO CABALLERO GONZALEZ**, mayor de edad, con D.N.I. núm. 51364662G actuando en calidad de Consejero Delegado de la mercantil **THE TENANT SOLUTION SL**, entidad legalmente constituida con C.I.F. B87804845 y domicilio a efecto de notificaciones y citaciones en el sitio de Alcalá de Henares, avenida Juan Carlos I, 13, tal y como se acredita con el **DOCUMENTO 1** que se adjunta y correo electrónico de contacto eduardo.campos@tts-sl.com, ante este Órgano comparece y como mejor proceda en derecho, **DICE:**

Que me ha sido notificada Resolución de fecha 08.06.2021 dictada por el Director Gerente del Hospital Universitario Fundación Alcorcón por la que, resolviendo sobre el expediente de contratación referencia PAS-OBR 012/21 "*contrato de obra para de adaptación parcial del sótano para el área de vestuarios y habitaciones de médicos de guardia para el Hospital Universitario Fundación Alcorcón a adjudicar por el procedimiento abierto simplificado con pluralidad de criterios*", se acuerda adjudicar el contrato a HARADO DE CONSTRUCCIONES Y ASISTENCIA TÉCNICA SL y excluir como candidata a THE TENANT SOLUTION SL por incumplimiento de la solvencia económica y técnica exigida. Se adjunta como **DOCUMENTO 2** la citada Resolución de 08.06.2021.

Que estimando dicha Resolución contraria a Derecho y lesiva para los intereses de mi mandante, por medio del presente escrito, en tiempo y forma y de conformidad con los artículos 44.6 de la Ley 9/2017 y artículos 121 y ss de la Ley 39/2015, vengo a interponer **RECURSO DE ALZADA CONTRA EL ACTO DE ADJUDICACIÓN Y EXCLUSIÓN CON SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR** contra la citada Resolución de 08.06.2021 dictada por el Director Gerente del Hospital Universitario Fundación Alcorcón. Todo ello con base en los siguientes,

### **ANTECEDENTES**

**PREVIO.-** Que a los efectos de resolución de la presente alzada, no se aportan los soportes documentales de los antecedentes de hecho a que se hace referencia en el presente escrito por cuanto todos ellos constan unidos al expediente de contratación al margen referenciado y, por tanto, ya en poder de la Administración.

**I.-** Con fecha 21.04.2021 fue publicada, en el Perfil del Contratante, Resolución de igual fecha del Órgano de Contratación del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, (a partir de ahora HUFA), por la que se hacía pública la licitación para la contratación por el procedimiento abierto simplificado, con pluralidad de criterios, el contrato titulado "*obra de adaptación parcial del sótano para el área de vestuarios y habitaciones de médicos de guardia para el Hospital Universitario Fundación Alcorcón*", expediente PAS-OBR 012/21.

**II.-** En igual fecha 21.04.2021 fueron publicados, en el Perfil del Contratante el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, (PCAP) y Pliego de Prescripciones Técnicas, (PPT), que habrían de regir la contratación y el Proyecto de obra, memoria y planos.

Conforme al PCAP, el contrato se califica como administrativo de obra no sujeto a regularización armonizada, con CPV 45454000-4, (trabajos de reestructuración), con un valor estimado de 499.924,53 €, sin división de lotes, sin exigencia de clasificación profesional o habilitación profesional, a adjudicar aplicando pluralidad de criterios y con un plazo de ejecución de 5 meses desde la fecha e inicio de la obra y sin posibilidad de prórroga.

A tenor de la estipulación 3ª del PCAP, constituye el objeto del contrato la ejecución de las obras detalladas en el Proyecto aprobado por el Hospital según memoria, planos y cuadro de precios publicados en el Perfil del Contratante.

En lo que aquí interesa y, respecto a la solvencia económica y técnica exigida, el PCAP establecía.

CLASIFICACIÓN DEL CONTRATISTA: opcional.

Grupo/s	Subgrupo/s	Categoría/s	Categoría/s R.D. 1098/2001
C: Edificaciones		3	D

El empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación como contratista de obras en el grupo o subgrupo de clasificación correspondiente al contrato, o bien acreditando el cumplimiento de los siguientes requisitos:

ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA ECONÓMICO Y FINANCIERA: mediante la aportación de las cuentas anuales inscritas en el Registro Mercantil o cualquier otro medio en caso de imposibilidad justificada de aportación de cuentas:

**Criterios de selección:**

Los licitadores deberán acreditar un volumen anual de negocios que, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser, al menos, una vez y medio el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año. 749.886,79 €.

ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA TÉCNICA: mediante la aportación de certificados de ejecución firmados por el cliente a satisfacción.

**Criterios de selección:**

Los licitadores presentarán una relación de obras ejecutadas en los últimos 5 años, que sean del mismo tipo o naturaleza que las del objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% de la anualidad media del contrato, realizadas por el interesado y avalados por certificados de haber realizado los trabajos a satisfacción del cliente. Se deberá demostrar fehacientemente el tipo de obra ejecutada para que el poder adjudicador pueda comprobar que se trata de obras de similares características. Para ello se deberá indicar en una tabla en formato Excel® y en formato electrónico, las siguientes columnas:

- Descripción completa de la obra.
- Carácter (nueva planta/reforma y/o ampliación)
- Área de la actuación.
- Fecha de inicio.
- Duración.
- Importe de ejecución.
- Certificado de buena ejecución

**III.-** Con fecha 11/May/2021 la recurrente presentó su oferta aportando, en cumplimiento de la convocatoria, el SOBRE 1 con la documentación exigida en los Pliegos.

**IV.-** El 12.05.2021, reunida la Mesa de contratación, se procedió a la apertura del Sobre Único con la documentación administrativa, técnica y oferta económica. Según consta en su Acta de igual fecha, la Mesa acordó la exclusión de QUANTUM GENETIC SL del procedimiento de licitación, y requerir al resto de licitadores no excluidos la aportación de la documentación justificativa de la solvencia que no hubiera sido ya entregada.

Igualmente, consta en la citada Acta como oferta económica mejor valorada y con mayor puntuación, la de la recurrente, THE TENANT SOLUTION SL, (TTS).

El requerimiento fue evacuado por la recurrente en fecha 19./May/2021, aportando, en acreditación de la solvencia exigida:

Depósito de cuentas de los años 2018 y 2019

14 Certificados de buena ejecución

Títulos académicos del arquitecto y jefe de obra asignados

**V.-** Revisada la documentación, en reunión de la Mesa de 21.05.2021 se propuso la adjudicación del contrato a favor de HARADO DE CONSTRUCCIONES Y ASISTENCIA TÉCNICA SL con una puntuación total de 100,00 puntos y la exclusión de TTS por considerar insuficiente la documentación aportada para acreditar la solvencia económica y técnica.

**VI.-** Por Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Fundación Alcorcón de 08.06.2021, (publicada el 09.06.2021), se acuerda adjudicar el contrato a HARADO DE CONSTRUCCIONES Y ASISTENCIA TÉCNICA SL y mantener la exclusión de TTS del procedimiento de exclusión por ratificación de los motivos aducidos por la Mesa, en concreto:

*“Excluido. Presenta la documentación, pero esta se considera insuficiente para acreditar la solvencia puesto que presenta certificados de buena ejecución de obras de distinta naturaleza y, en cuanto al estudio de las cuentas anuales presentadas, el volumen anula de negocios es inferior al mínimo exigido”.*

## **MOTIVOS DE RECURSO**

### **A.- MOTIVOS PROCESALES.**

**I.- Naturaleza el recurso, objeto.** Artículo 44.6) de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, (LCSP), que establece que serán objeto de este recurso administrativo impropio los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación tramitados ante poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas.

En aplicación de los artículos 121 y ss de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de la Administraciones Públicas, (LPA), es objeto de recurso acumulado, el acto administrativo de adjudicación del contrato y el acto administrativo de exclusión de la recurrente del expediente de contratación. Acuerdos susceptibles de recurso por incidir directa e indirectamente sobre la adjudicación, provocar la imposibilidad de continuar el procedimiento de licitación y producir indefensión y perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de la recurrente.

En este sentido, el acto administrativo por el que se declara decaído o se excluye a un licitador de un procedimiento de contratación pública, resulta ser un acto administrativo de trámite de naturaleza cualificada, pudiéndose ser impugnado tanto de forma autónoma como al tiempo de la adjudicación.

Buena prueba de la realidad jurídica de tales consideraciones, la encontramos, por todos y “ad exemplum”, en el **Acuerdo 89/2015, de 9 de septiembre de 2015, del Tribunal**

**Administrativo de Contratos Públicos de Aragón**, en virtud del cual, tomando como referencia la doctrina consolidada del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dispone expresamente: "PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de IECISA para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, tanto frente al acto de exclusión de su propuesta, como frente a la adjudicación del contrato. También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto «formalmente» contra el acto de adjudicación del contrato, pero también se está cuestionando la exclusión de la recurrente, por considerar inviable su propuesta. Es decir, el recurso especial se interpone también frente a un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que este Tribunal es competente para la resolución del recurso planteado. Ambos actos son recurribles, de acuerdo con el artículo 40.2 a) TRLCSP, y el recurso se ha planteado, en los dos casos, en tiempo y forma".

**II.- Competencia y procedimiento.** Conforme al artículo 44.6 LCSP, el recurso habrá de ser resuelto por el órgano correspondiente que ostente el control o participación mayoritaria de aquél que dictó el acto, Hospital Universitario Fundación Alcorcón.

**III.- legitimación.** La Empresa recurrente ostenta legitimación para interponer el presente recurso ex artículo 48 de la Ley 9/2017 por ser persona jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se ven perjudicados o afectados por los actos administrativos que se impugnan en su condición de licitadora y posible adjudicataria.

**IV.- Plazo.** El recurso se interpone dentro del plazo de un mes establecido en el artículo 122 de la Ley 39/2015 a contar desde el 09.06.2021 en que fue publicada la Resolución recurrida en el Perfil del Contratante.

**V.- Forma.** El presente recurso cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 115 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

## **B.- MOTIVOS DE FONDO**

**PRIMERO.- Nulidad del acto recurrido por falta de motivación, Infracción de las cláusula 12ª y 15ª del PCAP que rige la contratación y artículo 151 de la Ley 9/2017 LCSP con relación a los artículos 35 y 47 de la Ley 39/2015 LPA y 24 de la Constitución. Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.**

La exigencia formal de motivación viene impuesta por el Ordenamiento Jurídico respecto de determinado tipo de actos, entre los que se encuentra el recurrido. En concreto, el artículo 35 de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que serán motivados, con sucinta referencia de hechos

y fundamentos de derecho, los actos que limiten derechos subjetivos e intereses legítimos, así como los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, entre cuya categoría se encuentra el ahora recurrido.

En igual sentido, el artículo 151.1 LCSP obliga al Órgano contratante a motivar la resolución de adjudicación, debiendo consignar en la misma la información necesaria para que el interesado pueda interponer, frente a la misma, recurso suficientemente fundado. En cuanto al acuerdo de exclusión, el mismo precepto exige que este contenga las razones de la inadmisión de la oferta o de la no equivalencia de las obras a los requisitos de rendimiento o funcionales del concurso.

En el presente caso, examinado el expediente de contratación, se estima que cuantos actos han sido dictados, adolecen del vicio de falta de motivación:

- No se da razón alguna del porqué de la insuficiencia de la documentación aportada, qué documentos se consideran ineficaces, si lo son para acreditar la solvencia económica, financiera o técnica y la relación entre esa insuficiencia y lo exigido en los Pliegos.
- Existe una total falta de concreción de cuáles de las obras certificadas por el recurrente han sido o no han sido consideradas del *“mismo tipo o naturaleza”* que las que son objeto del contrato a los efectos de tener por cierta la solvencia técnica.
- No se ofrece a los interesados información sobre los criterios, parámetros o normativa atendida para concluir que las obras incluidas en la oferta del recurrente no son aptas para probar la solvencia técnica, (si se ha atendido a la clasificación del contratista no exigida en los pliegos, al CPV, CNAE, CPC, UNSPSC etc).
- No se describe el proceso intelectual seguido por la Mesa y por el Órgano de contratación para concluir que TTS no cumple con el requisito de solvencia económica, cuáles fueron los datos económicos atendidos, la documental examinada y los cálculos realizados.
- Finalmente, se desconoce qué servicio técnico dentro del Órgano de contratación realizó el informe de valoración a que hace referencia la cláusula 12ª del PCAP, ni se ha dado traslado del mismo al recurrente, ni se transcriben sus conclusiones en el acto recurrido.

Cuando, como es el caso, estamos ante actos desfavorables para los licitadores, no basta con decir que éstos no cumplen el Pliego, si no que el acto recurrido debe contener el proceso técnico y jurídico que lleva a adjudicar el contrato a un licitador y a excluir a otros

y, cuya ausencia provoca una clara indefensión a TTS al impedir el juego contradictorio, imprescindible para refutar adecuadamente los presupuestos que sirvieron de fundamento a la Resolución recurrida, subyaciendo en la decisión de exclusión de la oferta de la recurrente, (dicho en términos de defensa), un concepto de absoluta discrecionalidad, inadmisibles incluso en materia de contratación pública.

A colación de lo expuesto en párrafos precedentes, en materia de concursos nos movemos en el ámbito de potestades discrecionales de la Administración o de oportunidad técnica, pero dicha potestad discrecional está sujeta en todo caso a unos límites, cuales son el cumplimiento al pliego de condiciones y razonabilidad de la valoración técnica.

En este sentido se ha pronunciado en reiteradas ocasiones la Junta de Contratación y la Abogacía del Estado, (por otras **Circular 3/2010**), exigiendo que los actos de exclusión se acuerden de forma motivada y expresa mediante resolución debidamente notificada a los interesados y con inclusión del correspondiente pie de recurso ajustado a lo dispuesto al artículo 44.2.b) de la Ley de Contratos del Sector Público.

Asimismo, el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado en su Sentencia de 28.01.10** que el hecho de que un licitador tenga conocimiento de que su candidatura u oferta ha sido rechazada, no lo sitúa en condiciones de interponer efectivamente un recurso, ya que esa información es insuficiente para permitir al candidato descubrir la posible existencia de una ilegalidad que pueda fundamentar su impugnación. El candidato o licitador solo puede formarse una opinión fundamentada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de recurrir después de ser informado de los motivos por los cuales ha sido excluido del procedimiento de adjudicación.

Igualmente, el **Tribunal de Recursos Contractuales de Castilla y León, en el recurso 11/2013**, en relación con la motivación de los actos de exclusión, ha manifestado que hay que confrontar lo que establece el artículo 151.4 TRLCSP relativo al contenido de la notificación del acto de adjudicación, con la notificación de la resolución de exclusión de empresas licitadoras, señalando que ésta, como acto de trámite cualificado, debe cumplir los mismos requisitos de motivación que se establecen para la notificación de la adjudicación.

La motivación de la decisión, marca la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, de tal manera que si no hay motivación que sostenga dicha decisión, el único apoyo de la misma sería la sola voluntad de quien la adopte. Así, la motivación, es, como ha manifestado nuestro **Tribunal Constitucional en Sentencias de 17 de junio de 1.981 y 11 de julio de 1.983**, *no solo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos, una garantía elemental del derecho de defensa, incluida en el haz de facultades*

*que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en Derecho.*

En este sentido, **Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 03.06.16, Recurso 315/2016, Resolución 424/2016:** "La finalidad de la motivación es suministrar a los licitadores excluidos y a los candidatos descartados la información suficiente sobre cuáles fueron las razones determinantes de su exclusión a fin de que el interesado pueda contradecir las razones argumentadas como fundamento del acto dictado mediante la interposición del correspondiente recurso (por todas, la Resolución nº 006/2014). En el caso analizado, debemos apreciar motivación insuficiente del acto de exclusión a los efectos anteriormente indicados ya que es obvio que el conocimiento de la causa o razón concreta del motivo de la exclusión no se traslada al licitador excluido, lo que ha impedido a la reclamante interponer una reclamación eficaz. Lo anteriormente indicado ha de conllevar la estimación del recurso sin necesidad de valorar la cuestión de fondo debatida, determinando la anulación de la notificación del acuerdo de exclusión, que debe ser practicada de nuevo con el contenido necesario para poder interponer reclamación contra el acto de exclusión con conocimiento de los elementos de juicio imprescindibles para ello".

Por otras, STS de **13.06.00, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi RJ 2000/4777, Resolución 1048/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, recurso 1074/2015 y Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 24.06.16, Recurso 444/2016, Resolución 494/2016.**

Por lo expuesto, la ausencia de motivación suficiente que se advierte en la decisión administrativa convierte la exclusión del recurrente en arbitraria, resultando procedente la estimación del motivo y la declaración de nulidad de pleno derecho y/o anulabilidad del Acto recurrido.

**SEGUNDO.- Nulidad del acto recurrido por infracción del procedimiento legalmente establecido. Infracción de lo dispuesto en cláusulas 12ª del PCAP y artículo 141 de la Ley 9/2017 LCSP con relación los artículos 47 y 68 de la Ley 39/2015 de PAC y 9.3 y 24 de la Constitución: omisión del trámite de subsanación.**

Tanto el artículo 141, como el 326 de la Ley 9/2017, imponen a la Mesa de contratación, antes de proponer la exclusión de un licitador, el deber de abrir trámite de subsanación de omisiones o eficiencias en la documentación aportada para acreditar los requisitos previos.

En la presente licitación, esta misma obligación viene expresamente impuesta en la cláusula 12ª del PCAP.

En interpretación de esos preceptos legales, el Tribunal Central de Recursos Contractuales tiene asentado que solo cuando la oferta sea de todo punto incongruente y



documentalmente errónea o deficitaria, podrá excluirse, sin más, la candidatura. En los demás casos, los principio de concurrencia y antiformalismo obligan al órgano contratante a promover la mayor participación posible en la licitación, permitiendo con carácter general, la subsanación,

Como igualmente tiene asentado tanto la doctrina jurisprudencial como la emanada de dicho Tribunal de Contratación y Juntas Consultivas, la concesión de la posibilidad de subsanación de la documentación administrativa o general no se configura en la legislación contractual como una facultad de la que la Mesa de contratación pueda hacer un uso discrecional ni, menos aún, arbitrario, lejos de eso la regla general es que los defectos formales de la documentación son subsanables, y por ello, debe concederse al licitador el trámite de subsanación antes de acordar su exclusión de la licitación.

En el presente caso, remitiéndonos a los antecedentes relatados, la Mesa excluyó de plano a la recurrente por insuficiencia de la documentación aportada para acreditar la solvencia económica y técnica sin la previa y preceptiva apertura del trámite de alegaciones y subsanación, implicando su actuación una clara infracción del procedimiento legalmente establecido causante de indefensión para con el recurrente que provoca la nulidad de la exclusión.

Con relación a la nulidad del acto recurrido y, por ende, del procedimiento de contratación la **Resolución 463/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 22 de mayo Repertorio Doctrinal de El Derecho, EDD 2015/135820**: "Ante todo se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), conforme al cual: "Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación". (...). Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables , es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (en este sentido, Resoluciones de este Tribunal núm. 64/2012 y 177/2012). Así, es cierto que, como se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, que cita a su vez la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/93, de 22 de abril, la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 5 de junio de 1971; 22 de junio de 1972; 27 de noviembre de 1984; 28 de septiembre de 1995 y 6 de julio de 2004, entre otras), así como la doctrina de la Junta Consultiva

de Contratación Administrativa (informes 26/97, de 14 de julio; 13/92, de 7 de mayo; y 1/94, de 3 de febrero), se inclina cada vez más (como ya hemos anticipado en nuestro Fundamento precedente) por la aplicación de un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones, afirmando reiteradamente que "una interpretación literalista que conduzca a la no admisión de las proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables , es contraria al principio de concurrencia". Por tanto, y en aplicación de esta doctrina, entendemos la falta de acreditación de la experiencia laboral del profesorado constituía un requisito subsanable , y que el licitador recurrente debió ser requerido de subsanación” .

Asimismo, **Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 935/2016 de 18.11.16, EDD 2016/216654**: "Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables , es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (en este sentido, Resolución de este Tribunal núm. 64/2012).(…). Ahora bien, es importante tener presente que el artículo 81.2 del RGLCAP y, en general, la doctrina que lo interpreta y aplica, se refiere a los defectos u omisiones que se aprecian en los documentos incluidos en el sobre que contiene la "documentación administrativa" a la que se refiere el artículo 146 del TRLCSP-. (...) Por tal razón entendemos que, con independencia de la ubicación en la que se hubiera exigido la acreditación de este requisito en la documentación que rige la licitación, su naturaleza es la propia de un requisito de solvencia, y como tal ha de ser tratado (en este sentido cabe citar, en un supuesto análogo, la Resolución de este Tribunal núm. 85/2012), lo que implica, a los efectos que nos ocupan, que la omisión del documento deba considerarse como un defecto subsanable (siempre sobre la base de que el proyecto de póliza de seguro existiera, como tal, antes de la fecha límite de presentación de proposiciones), máxime cuando en el índice de la documentación aportada por la empresa en el sobre correspondiente figuraba, en dos ocasiones, el nombre del documento en cuestión, lo que permite, a mayor abundamiento, considerar la omisión del documento como un simple error de carácter formal".

Por otras, **Resolución 418/219 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 02.10.2019, recurso 479/2019 y Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 1209/2017 de 22.12.17, EDD 2017/284061**: “A la vista de todo ello, la concesión de la posibilidad de subsanación de la documentación administrativa o general no se configura en la legislación contractual como una facultad de la que la mesa de contratación pueda hacer un uso discrecional ni, menos aún, arbitrario, lejos de eso la regla general es que los defectos formales de la documentación son subsanables , y por ello, debe concederse al licitador el trámite de subsanación . Sólo cuando de la documentación presentada, ya en el sobre cerrado ya tras el requerimiento de subsanación,

resulte que los requisitos de capacidad y solvencia no existían a la finalización del plazo de presentación de las proposiciones (artículo 146.5 del TRLCSP (EDL 2011/252769)), cabe excluir al licitador. Ello es así porque la mesa debe garantizar el cumplimiento, no sólo de las normas, sino también de los principios que rigen la contratación pública, singularmente los de igualdad, en su vertiente de no discriminación, y de libre concurrencia, e interpretar el PCAP del modo que esos principios tengan realización efectiva. Así, en el caso de omisión de documentación el defecto puede subsanarse aportándola, por lo que debe concederse la posibilidad de subsanación, y sólo a la vista de la no presentación de la documentación requerida o si ésta no acredita el cumplimiento de los requisitos en el momento exigido, puede excluirse al licitador”.

Consecuencia de las objeciones y reservas formuladas por esta parte contra la tramitación del expediente de contratación es la nulidad de pleno derecho y/o anulabilidad de la Resolución recurrida.

**TERCERO.- Nulidad del acto recurrido por inobservancia de los elementos reglados, desviación de poder, arbitrariedad y error manifiesto y ostensible en la determinación de la solvencia económica y técnica. Infracción de las cláusulas del 1ª.1, 1ª.7, 1ª.8, 3ª, 6ª y 14ª del PCAP que rige la contratación y artículos 74, 86, 88 y 92 de la Ley 9/2017 LCSP.**

Examinada la Resolución recurrida se considera que la exclusión de TTS del proceso de licitación trae causa de una valoración de nuestra solvencia económica y técnica, arbitraria, infractora de los principios de igualdad y transparencia e incurso en error, material y de hecho, patente y apreciable sin necesidad de efectuar razonamientos complejos.

**A.- ERROR MANIFIESTO EN LA VALORACIÓN DE LA DOCUMENTACION APORTADA PARA ACREDITAR LA SOLVENCIA ECONÓMICA.**

La solvencia económica necesaria y los medios de acreditarla venían recogidos en la cláusula 1ª.8 del PCAP, (y por remisión al artículo 87.1.a) de LCSP), conforme a la cual, los licitadores debían acreditar mediante la presentación de sus cuentas anuales, un volumen anual de negocios que, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos, (2018, 2019 o 2020), fuera, al menos, de 749.886,79 €.

En cumplimiento de los Pliegos y, en fase de requerimiento de aportación, TTS presentó ante la Mesa las cuentas anuales solicitadas cuya veracidad e inscripción en el Registro Mercantil no ha sido puesta en duda por el Órgano de contratación.

Pues bien, en dichas cuentas se consigna, claramente, que en el año 2018 TTS tuvo un importe neto de cifra de negocios de 3.750.639,21 €, provenientes exclusivamente de la prestación de servicios y no ventas, (apartado 12ª de su Memoria) y, en el año 2019, un

importe neto de cifra de negocios de 3.668.221,17 proveniente, igualmente, de la prestación de servicios, (apartado 12ª de la Memoria).

Probado que el volumen anual de negocio de TTS en los tres años anteriores a la licitación es muy superior al exigido en los Pliegos, su exclusión del procedimiento de contratación por no cumplir la solvencia económica incurre en error de hecho y de derecho.

Cuanto más cuando el PCAP no obliga que ese importe neto de cifra de negocios o volumen anual responda a la prestación de servicios u obras iguales, similares o parecidas a las que son objeto del contrato licitado.

**B.- ERROR MANIFIESTO EN LA VALORACIÓN DE LA DOCUMENTACION APORTADA PARA ACREDITAR LA SOLVENCIA TÉCNICA.**

**b.1.- Falta de concreción en los pliegos del concepto de obra "del mismo tipo o naturaleza" que las del objeto del contrato. Acreditación de solvencia atendiendo al objeto social del licitador y CNAE.**

La Ley de Contratos impone al Órgano de contratación el deber de señalar en los Pliegos, con la debida concreción, los criterios de solvencia exigibles y la forma de acreditarlos, a fin de permitir a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cual es la eficiencia, experiencia y fiabilidad que se les requiere y cuáles son esas obras que se van a considerar de "*similar tipo o naturaleza*"

En el presente caso, dichas exigencias han sido incumplidas por el Órgano de contratación quien, al regular la solvencia técnica exigida al licitador se desvincula de la clasificación del contratista, (que no exige) y se limita a requerir una relación de obras ejecutadas en los últimos 5 años "*que sean del mismo tipo o naturaleza que las del objeto del contrato*" absolutamente genérica y tan abstracta que la convierten en una cláusula en blanco susceptible de ser interpretada de forma arbitraria, subjetiva y discrecional por el Órgano de Contratación, como así ha sido, colocando al licitador en la más negra oscuridad sobre qué se va a entender por "*mismo tipo o naturaleza*".

Esta indeterminación de los Pliegos no puede favorecer a quien la provoca, ex artículo 1.288 del Código Civil, debiendo interpretarse la solvencia técnica y esa similitud entre obras a favor del licitador, de la forma más amplia posible, y con el fin de respetar los principios de libre competencia y concurrencia y garantizar un mayor acceso a las licitaciones prohibiendo toda discriminación y/o el favorecimiento a determinadas empresas.

En aplicación de dichos principios, las obras que han de considerarse idóneas para acreditar esa solvencia serán todas aquellas cuyos capítulos o partidas ejecutadas por el licitador en esos 5 años, se correspondan con los capítulos o partidas recogidas en el Presupuesto de ejecución material de la obra licitada, realizadas a favor de cualquier ente, público o privado, en cualquier ámbito geográfico, en cualquier tipo de inmueble, que entren dentro del objeto social del ofertante y, por extensión, en su CNAE.

A estos efectos no es atendible la clasificación del contratista en un determinado CPV ya que ésta no se exige en los Pliegos como modo de acreditar la solvencia.

Tampoco cabe, por analogía, limitar la acreditación de la solvencia a obras encuadrables en el subgrupo 3, grupo C) del RD 1098/2001 porque las obras licitadas no tienen nada que ver con la construcción de *"instalaciones metálicas"* sino con el resto de subgrupos, (demoliciones, albañilería, pavimentos, solados, alicatados, aislamientos, carpintería etc), siendo suficiente para acreditar esa solvencia que se trate de trabajos de edificación.

Y, finalmente, tampoco cabe limitar la solvencia a obras ejecutadas en Hospitales. En primer lugar porque la limitación del tipo de inmueble no viene recogida en los pliego y, por tanto, no puede exigirse, Y, en segundo lugar, porque los trabajos licitados no van destinados a zonas hospitalarias, (como habitaciones para pacientes, laboratorios, quirófanos etc, donde podría exigirse un tipo de experiencia "especial"), sino a habitaciones de reposo cuyos requisitos técnicos, edificatorios, de salubridad y salud son idénticos a los de cualquier otro inmueble, sea sanitario o no.

#### **b.2.- Cumplimiento por el recurrente de la solvencia técnica exigida.**

Aplicando las razones previamente impuestas, ha de estimarse el cumplimiento por mi mandante de la solvencia técnica exigida así como la viabilidad y suficiencia de la documentación aportada para su acreditación.

**b.2.1).-** La recurrente cumple con el requisito de capacidad de obrar de la cláusula 14ª.1 del PCAP al coincidir su objeto social con las obras licitadas.

Así, a tenor de su Escritura de constitución y Estatutos que se adjunta como **DOCUMENTO 3**, (obrante ya en el expediente de licitación), constituye su objeto social la realización de obras de construcción, reparación y conservación de inmuebles y edificaciones urbanas o industriales, incluidos la preparación y montaje de estructuras, cubiertas, demolición y derribo de edificaciones, desmontaje y allanamiento de fincas rústicas y urbanas, diseño y construcción de interiores en todo tipo de inmuebles, diseño de proyectos "llave en mano" y coordinación general en todo tipo de ejecuciones de obra y asistencia a la dirección de obra.

Objeto social incluible en la clasificación C) edificación, cualquier de los subgrupos, incluido el subgrupo 3 del RD 1098/2001 y actividad mercantil que engloba todas y cada una de las partidas que se exigirán al contratista según el presupuesto de ejecución material de la obra licitada.

**b.2.2).**- La recurrente está dada de alta con el CNAE 4399 (construcción) y en el IAE, (**DOCUMENTO 4**) en el epígrafe 507 "*construcción de toda clase de obras*" por lo que, dada su trayectoria, antigüedad y volumen de negocio, tiene sobrada capacidad y solvencia para ejecutar el contrato licitado.

**b.2.3).**- Todos los certificados de buena ejecución aportados por la recurrente para acreditar su solvencia técnica responden a obras por importe anual acumulado en el año de mayor ejecución es superior al 70% de la anualidad media del contrato. Hecho que el Órgano de contratación no ha puesto en duda.

**b.2.4).**- Todos los certificados de buena ejecución aportados por la recurrente para acreditar su solvencia técnica responden a obras de los últimos 5 años, de "*similar tipo o naturaleza*" que las que son objeto del contrato licitado, recordando que el PCAP no exige ni que se esté ante obras iguales, ni que fueran ejecutadas en Hospitales o zonas hospitalaria.

Así, conforme al Proyecto, Tomo I, las obras licitadas consisten en la reforma interior de una pequeña parte de sótano del HUDA, (793 m2), incluyendo la compartimentación del espacio con tabiquería, acabado de los parámetros y distribución de instalaciones y servicios, sin alteración de fachadas, volumetrías, sistema estructural ni uso característico de edificio.

Constan como partidas: demoliciones y saneamiento, albañilería, (cerramiento interior de área con pladur, revestimientos laminados), suelos, (con láminas PVC y gres antideslizante), techos, (metálico modular y/o con placa de yeso laminado), revestimientos, (con vinilo o gres porcelánico), carpintería interior y exterior, fontanería y evacuación, (aseos con agua caliente y fría e inodoros), electricidad y comunicaciones, iluminación, climatización, protección contra incendios, gestión de residuos seguridad y salud.

Como se colige de los certificados de buena ejecución aportados y de las facturas que les dieron cobertura y que se adjuntan como **DOCUMENTO 5**, todas ellas responden a obras de similar tipo o naturaleza que la licitada y en las que TTS ejecutó las mismas partidas que las que serán exigibles al adjudicatario.

Por lo expuesto, resulta evidente que la interpretación que el Órgano de administración efectuó respecto de la documentación aportada por TTS para acreditar su solvencia técnica es manifiestamente errónea, contraria a los requisitos exigidos en el PCAP e infractora de los principios de libre competencia y concurrencia y libertad de acceso a las licitaciones.

En consecuencia, debe estarse a la interpretación y valoración sustentada por el recurrente deviniendo nula su exclusión del proceso de licitación al quedar probado que TTS tiene experiencia probada en contratos y ejecuciones de obras más que similares a las que son objeto del contrato licitado.

Entender lo contrario y exigir, obras iguales a la licitada y en Hospitales, vulnera el principio de libre concurrencia porque beneficia a unas empresas frente a otras imponiendo un requisito de total identidad entre obras que ni se recoge en el Pliego, ni está justificado.

Y lo que es más grave, la imposición de esa condición de igual identidad convierte en ilusoria cualquier posibilidad de adjudicación de este contrato y de los posteriores que se liciten pues, al limitar ab initio la posibilidad de licitar sino se acredita la ejecución de un contrato igual, las escasas empresas que puedan satisfacer el criterio de solvencia ganarán más y más experiencia frente a las eliminadas del concurso proyectándose de cara al futuro una desigualdad y discriminación cada vez más acusada.

En apoyo de lo expuesto, **Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Recurso 278/2016, Resolución 272/2016 de 22.12.2016:** "El Tribunal considera que, una exigencia rigorista de los criterios de solvencia requiere una adecuada justificación en atención al objeto del contrato, por cuanto el límite de la posibilidad concedida al órgano de contratación para elegir los medios de acreditación de solvencia, debe respetar el principio de proporcionalidad, de forma que no deberá exigirse un plus concreto de solvencia si en relación al objeto del contrato no se justifica".

Igualmente, **Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Recurso 1072/2016, Resolución 1088/2016 de 22.12.16:** "Ahora bien, los requisitos de solvencia establecidos por el órgano de contratación tienen que ser objetivamente proporcionados a la finalidad en aras de la cual se establecen. Los mismos no pueden suponer una restricción indebida o desproporcionada de los principios de libre competencia e igualdad entre licitadores, con un impacto potencialmente negativo en los de eficiente utilización de los fondos públicos en un marco de estabilidad presupuestaria y control del gasto. En este sentido ya razonamos en nuestra Resolución 60/2011 que: "(...) es necesario observar en primer lugar que la determinación de los niveles mínimos de solvencia deberá ser establecida por el órgano de contratación, si bien con un respeto absoluto al principio de proporcionalidad, de forma que no deberán exigirse niveles mínimos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica, sin olvidarnos que los mismos deben estar vinculados al objeto del contrato, y además que se incluya en alguno de los

medios de acreditación de la solvencia establecidos en la Ley 30/2007, en este caso el artículo 67.(...)” Abundando en lo anterior, en la Resolución 16/2012 se ha afirmado que los requisitos de acreditación de la solvencia “deben ser determinados, han de estar relacionados con el objeto y el importe del contrato y no producir efectos de carácter discriminatorio”, en el bien entendido de que no cabe identificar “la discriminación con la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir las exigencias establecidas y otros no.”

Similar, **Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Recurso 404/2016, Resolución 437/2016 de 03.06.16:** “En cuanto al fondo del asunto, la cláusula impugnada transcribe parcialmente en su primer inciso lo dispuesto en el artículo 78.1.a) del TRLCSP como uno de los medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional: “Una relación de los principales servicios de igual naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato realizados en los últimos cinco años que incluya importe, fechas y el destinatario público de los mismos”. Pero limita tal acreditación en la práctica a servicios de igual naturaleza prestados a un “destinatario público” y, en el siguiente inciso, la consideración de “igual naturaleza”, aún la restringe y particulariza a que sea de idéntica naturaleza, en municipios con una población mínima como la de Puçol y donde el proceso de migración de datos al nuevo sistema propuesto se haya hecho desde el mismo sistema (marca TAO) que ahora tiene el Ayuntamiento. Como aduce la recurrente, tales limitaciones restringen la competencia y excluyen de la licitación a empresas que tienen experiencia suficiente en procesos similares, aunque la migración del sistema de origen fuera de marca distinta a la del Ayuntamiento de Puçol o en municipios de menor tamaño(...). Ya hemos puesto de manifiesto que los requisitos de solvencia técnica exigidos en la cláusula V.2.1.e).2, en cuanto están por encima de los indicados en el artículo 78.1.a) del TRLCSP, carecen de justificación y restringen la competencia, por lo que el recurso debe ser estimado”.

Por otras, **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15.06.16, Rep. Jur. Arz. RJCA 2016/724, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 27.09.09, Rep. Jur. Arz. RJCA 2009/791, Resolución 65/2014 del Tribunal Administrativo de recursos Contractuales de Castilla y León de 25.09.14.**

**CUARTO.- Nulidad del acto recurrido y de la adjudicación del contrato a favor de HARADO DE CONSTRUCCIONES Y ASISTENCIA TÉCNICA SL por inobservancia de los elementos reglados, desviación de poder, arbitrariedad y error manifiesto y ostensible en la determinación de la capacidad para contratar del licitador propuesto como adjudicatario. Infracción de las cláusulas 1ª.8 y 14ª.1 del PCAP que rige la contratación y artículos 65 y 66 de la Ley 9/2017 LCSP.**

El artículo 66 LCSP establece que las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias en contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto social o ámbito de actividad que le sean propios.



En el presente caso y, atendiendo a lo que es objeto del contrato adaptación parcial del sótano de un inmueble para área de vestuarios y habitaciones de médicos, es evidente que solo las empresas cuyo objeto social sea la construcción especializada en las partidas indicada en el presupuesto de ejecución materia de la obra, ostentan capacidad de obrar para licitar y presunción de la solvencia técnica exigida.

Requisito que no cumple la sociedad adjudicataria cuyo objeto social lo constituye la construcción, conservación y mantenimiento de estructuras, asistencia técnica, proyectos y promoción inmobiliaria en el ámbito de autopistas, carreteras, campos de aterrizaje, vías férreas y centros deportivos que nada tienen que ver con la contratación licitada.

Asimismo, consta encuadrada en la actividad CNAE 4299 *“construcción de otro proyectos de ingeniería civil n.c.o.p”*. que nada tienen que ver con la adaptación del inmueble que se licita.

Por consiguiente, HARADO DE CONSTRUCCIÓN Y ASISTENCIA TÉCNICA SL debió ser excluida del expediente de licitación, siendo disconforme a derecho y a los pliegos, la adjudicación del contrato a su favor.

En esta línea se manifiesta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 499 de 17.03.1999 donde se determina que la capacidad de obrar *“viene condicionada a la circunstancia de que en los respectivos estatutos se incluya como objeto social de la asociación o sociedad el que es propio del contrato, de conformidad con los artículos 15.2 y 198.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y artículo 4.1 del Real Decreto 390/1996 de 1 de marzo”*.

En igual sentido, la **Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales 2/2016**: "En este sentido, la solución de la controversia debe partir del artículo 57.1 del TRLCSP, a cuyo tenor: "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." El precepto exige así que el contrato al que se opta esté relacionado con el ámbito de actuación de la persona jurídica, una conexión entre el fin u objeto social propio de ésta y la naturaleza del servicio a prestar (Sentencia del TSJ de Madrid de 27 de septiembre de 2013 ), lo que conduce, al menos en teoría, a que el candidato seleccionado sea una empresa especializada en el sector respectivo. El propósito del legislador es asegurar el buen fin de la ejecución con arreglo a estándares de eficacia (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de febrero de 2002, que, aun relativa a la legislación anterior al TRLCSP, es aplicable a éste), y, desde esta perspectiva, dicha cautela es imprescindible dada la capacidad general que el Ordenamiento privado reconoce a las personas jurídicas, que pueden llevar lícitamente a cabo actividades estatutarias, neutras y extraestatutarias, abstracción hecha de su objeto social o de la finalidad para la que se

constituyeron (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala I, de 5 de noviembre de 1959, 15 de febrero de 1990 y 29 de julio de 2010, entre otras)".

Vicio de nulidad que no es subsanable según, entre otras, **Sentencia del Tribunal Supremo de 09.12.2004**: "dado el carácter constitutivo y generador en su defecto de vicio de nulidad de la ausencia de una plena capacidad de obrar, que en el presente se concreta en la ya expuesta condición de que el objeto social tenga relación directa con el objeto del contrato".

#### **QUINTOCUARTO.- Conclusión.**

La estimación de los motivos de recurso conlleva la adjudicación del contrato a favor de la recurrente THE TENANT SOLUTION SL al haber presentado la oferta más ventajosa y como mejor puntuación.

Así, en aplicación de los criterios recogidos en el Pliego, una correcta valoración de las ofertas presentadas, daría el siguiente resultado:

	Oferta económica	Punt. económica	Reducc. 4 semanas	Garantía + 4 años	Punt. total
	499.924,53				
TTS	448.682,27	80,00	8,00	12,00	100,00
HARADO	449.999,13	77,50	8,00	12,00	97,17
COTODISA	450.101,47	77,14	8,00	12,00	97,14
RIGGERSA	471.128,88	70,40	8,00	12,00	90,40
DINTEL	474.928,30	68,76	8,00	12,00	88,76
FERROVIAL	798.361,47	43,32	8,00	12,00	63,32

Procede así declarar la nulidad del acto recurrido dejando sin efecto la adjudicación a favor de HARADO DE CONSTRUCCIONES Y ASISTENCIA TÉCNICA SL y acordando la exclusión del mismo del expediente de licitación. Y, anulando la exclusión de la recurrente, se dicte nuevo acto en que se adjudique el contrato a favor de THE TENANT SOLUTION SL.

Por lo expuesto,

**SOLICITO**, Que teniendo por presentado este escrito con sus copias y documentos acompañados lo admita, tenga por interpuesto en tiempo y forma RECURSO DE ALZADA contra Resolución de 08.06.2021 dictada por el Director Gerente del Hospital Universitario Fundación Alcorcón por la que, resolviendo sobre el expediente de contratación referencia PAS-OBR 012/21 "*contrato de obra para de adaptación parcial del sótano para el área de vestuarios y habitaciones de médicos de guardia para el Hospital Universitario Fundación Alcorcón a adjudicar por el procedimiento abierto simplificado con pluralidad de criterios*", se acuerda adjudicar el contrato a HARADO DE CONSTRUCCIONES Y ASISTENCIA TÉCNICA SL y excluir como candidata a THE TENANT SOLUTION SL por incumplimiento de la

solvencia económica y técnica exigida. Y, con estimación de todos o alguno de los motivos expuestos, acuerde:

**a).-** La nulidad y/o anulabilidad de la Resolución recurrida dejando sin efecto la adjudicación a favor de Harado de Construcciones y Asistencia Técnica SL y procediéndose a su exclusión y dejando igualmente sin efecto la exclusión de la recurrente del proceso de licitación al tenerse por cumplida la solvencia económica y técnica exigible. Y en su consecuencia, se anule la adjudicación del contrato a favor de Harado de Construcciones y Asistencia Técnica SL y se dicte nueva resolución adjudicando dicho contrato a THE TENANT SOLUTION SL.

**b).-** Subsidiariamente al apartado a), la nulidad y/o anulabilidad de la Resolución recurrida dejando sin efecto la exclusión de la recurrente del proceso de licitación al tenerse por cumplida la solvencia económica y técnica exigible y la adjudicación del contrato a favor de Harado de Construcciones y Asistencia Técnica SL. Y, en su consecuencia, se ordene la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la exclusión de la recurrente a fin de que se valore su oferta en condiciones de igualdad al del resto de los ofertantes.

**c).-** Subsidiariamente a los apartados a) y b) la nulidad y/o anulabilidad de la Resolución recurrida dejando sin efecto la exclusión de la recurrente del proceso de licitación y la adjudicación del contrato a favor de Harado de Construcciones y Asistencia Técnica SL. Y, en su consecuencia, se ordene la retroacción de las actuaciones al momento en que debió abrirse el preceptivo trámite de alegaciones para aclaración y subsanación de la oferta de la recurrente.

**PRIMER OTROSÍ DIGO**, Que de conformidad con lo establecido en los artículos 117 y ss de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común, con relación a los preceptos 49 y ss de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público vengo a solicitar **LA MEDIDA CAUTELAR CONSISTENTE EN LA INMEDIATA SUSPENSIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN AL MARGEN REFERENCIADO, referencia PAS-OBR 012/21 "contrato de obra para de adaptación parcial del sótano para el área de vestuarios y habitaciones de médicos de guardia para el Hospital Universitario Fundación Alcorcón a adjudicar por el procedimiento abierto simplificado con pluralidad de criterios"**, hasta tanto en cuanto se resuelva el recurso administrativo o, en su caso, recaiga sentencia judicial firme en la jurisdicción contencioso administrativa. Todo ello con base en los siguientes

## **MOTIVOS**

**Previo.-** Estándose ante un procedimiento público de licitación contractual, esta parte aplica para fundamentar su petición la normativa administrativa común y la especial en materia de contratación pública, a las cuales quedan sometidos cuantos actos sean

dictados por el Órgano de contratación ex estipulación segunda del Pliego de Cláusulas Administrativas, (PCAP).

**Primero.-** En aplicación del artículo 49 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, (LCSP), la medida cautelar se solicita por persona legitimada al tener la solicitante un claro interés en su adopción no solo como licitador, sino como el licitador con mejor puntuación, (tras la exclusión no recurrida de QUANTUM GENETIC SL).

**Segundo.-** Ex artículo 49 de la LCSP, la medida cautelar se solicita con carácter previo a la interposición del recurso procedente contra la decisión de adjudicación del contrato a favor de HARADO DE CONSTRUCCIONES Y ASISTENCIA TÉCNICA SL y, acumuladamente, contra el acto de exclusión de mi representada del proceso de licitación.

Asimismo, la presentación de la medida cautelar de forma anticipada a la impugnación del acto a suspender viene tácitamente autorizada en el artículo 117 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En este sentido, esta parte manifiesta, desde este momento, su intención del interponer recurso administrativo contra la Resolución de 08.06.2021 del Director Gerente del Hospital Universitario Fundación Alcorcón cuya suspensión se insta.

**Tercero.-** La medida cautelar que se interesa debe acordarse ex legem y ex artículo 53 LCSP que impone la suspensión automática de los acuerdos de adjudicación una vez comunicada por el licitador su propósito de recurrir contra la elección del adjudicatario.

Asimismo, en aplicación analógica del precepto, esa misma suspensión automática es oportuna cuando el objeto del futuro recurso es un acto de exclusión pues en ambos casos lo que se pretende proteger la tutela judicial efectiva del licitador rechazado cuya candidatura, de estimarse el recurso, podría ser valorada con una puntuación mayor a la del contratista propuesto.

**Cuarto.-** Concorre el requisito exigido en el artículo 117.2.a) LPA al derivarse de la continuación del expediente de adjudicación perjuicios de imposible o difícil reparación para mi representada, quien vería infringido con carácter definitivo y, sin posibilidad de retroacción, su derecho a que su proposición fuera valorada en igualdad de condiciones al de resto de candidatos y su oferta tenida en cuenta en orden a la adjudicación del contrato.

En este caso, además, según consta en sesión de la Mesa de contratación de 12.05.21, THE TENANT SOLUTION SL fue la segunda clasificada tras QUANTUM GENETIC SL.

Rechazado ese licitador, la oferta de mi mandante fue la mejor valorada y, por ende la más ventajosa, por lo que su posterior exclusión del proceso desvanece injustamente cualquier posibilidad de ser adjudicataria con el consiguiente daño por pérdida del negocio, pérdida de actividad y pérdida de beneficio.

Por contra, la suspensión que se interesa no causa perjuicio alguno para el interés público o de terceros, pues lo pretendido es una simple demora, pudiendo continuar el expediente de contratación una vez se resuelva el recurso sin alterar los plazos de ejecución previstos en el anuncio de licitación y en los Pliegos. Perjuicios cuya prueba corresponde acreditar, en todo caso, a la Administración.

Así, conforme al apartado 18 de la cláusula 1ª del PCAP, si bien queda fijado el plazo de ejecución de la obra, el día de su inicio es indeterminado de lo que se colige que la demora no puede causar perjuicio al interés público cuando ni se ha señalado fecha concreta de inicio, ni se alega la urgencia de la obra.

**Quinto.-** Concorre el requisito exigido en el artículo 117.2.b) LPA al fundarse el recurso que en su día se interponga en las causas de nulidad previstas en el artículo del mismo Texto Legal.

En concreto, el acto de exclusión se considera nulo ex artículo 47.1.a) por lesionar derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional como son la tutela judicial efectiva y los principios de legalidad y sujeción del Órgano de contratación a los Pliegos.

E igualmente nulo al amparo del artículo 47.1.e), a haberse acordado la exclusión de mi mandante del proceso de licitación vulnerando el procedimiento legalmente previsto y, en concreto, el deber de la Mesa de contratación de abrir trámite de subsanación a fin de que el licitador pudiera aclarar la información aportada y/o aportar los datos que fueran necesarios para acreditar el cumplimiento de la solvencia exigida en los Pliegos.

**Sexto.-** La desestimación de la medida cautelar dejaría vacío de contenido el recurso que en su día se interponga haciéndole perder su finalidad legítima lo que significa que, de continuar el proceso de contratación y adjudicar el contrato a un tercero, se crearían situaciones jurídicas irreversibles convirtiendo en ineficaz una posible resolución estimatoria de la impugnación.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares solicitada la cual es adecuada, suficiente y no excesiva para evitar ese efecto indeseado de vacuidad del recurso especial, atendiendo a las circunstancias del caso y todos los intereses en conflicto.

En apoyo de nuestras pretensiones, **Resolución del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava de 05.12.12, Esp Zend/Nº exp: 2012/07-RE:** “Si bien la convocatoria de una nueva licitación de los presentes trabajos antes de que se resuelva el recurso especial interpuesto, no supone la consolidación de una situación que pueda resultar irreversible para el recurrente, como pudiera ocurrir en el acto de adjudicación a favor de otro licitador, no se puede olvidar que la finalidad perseguida por la vigente normativa contractual en la regulación dada al régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación se centra en reforzar los efectos del recurso especial permitiendo a los licitadores contar con la posibilidad razonable de conseguir una resolución eficaz, a cuyo fin se establecen una serie de medidas accesorias que garantizan los efectos de la resolución que se dicte. (...). En el marco de estas medidas también está la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares tendentes a asegurar los efectos de la resolución

que resuelva el recurso o a evitar los daños que puedan causarse por el mantenimiento del acto impugnado, "entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación" (art. 43.1 TRLCSP".

**Resolución núm. 35/2021 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra de 07.04.201:** "Tal y como señala el Acuerdo 31/2021, de 26 de marzo, por el que se estimó la solicitud de medida cautelar instada por el reclamante, el artículo 124.4 de la LFCP prevé la suspensión automática del acto recurrido, ya se trate del de adjudicación o de un acto de trámite, en tanto no se resuelva la reclamación interpuesta. Suspensión "ope legis" del acto que conlleva como consecuencia, como también se señala en el citado acuerdo, la suspensión del propio procedimiento de adjudicación. (...). Como ya se hizo constar en el Acuerdo 31/2021, de 26 de marzo, la justicia cautelar forma parte del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva, como medida de aseguramiento del resultado del proceso, debiéndose decidir acerca de la misma previa ponderación de las circunstancias concurrentes y en base a los principios perfilados por la jurisprudencia al respecto".

Asimismo, **Auto del Tribunal Supremo de 23.02.87, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi RJ 1987/3305 y Auto de 19.0287, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi RJ 1987/3291:** "Auto apelado. Primero y Único.- El ejercicio de la facultad judicial de suspensión regulada en los artículos 122 a 125 de la Ley de la Jurisdicción ([RCL 1956\1890](#) y NDL 18435) se enfrenta siempre con un conflicto de intereses que debe ser resuelto con la decisión que la meditada y racional valoración de dichos intereses contrapuestos revela ser la de menos efectos perjudiciales, onerosos y perturbadores dentro del contexto global de la situación jurídica creada por el acto administrativo cuya ejecución se solicita sea suspendido; y en este planteamiento concreto en los presentes autos resulta indudable que en la alternativa de autorizar un acuerdo aprobatorio de un procedimiento selectivo de concurso-oposición que caso de ser declarado nulo daría lugar a dejar sin efecto alguno de los resultados del mismo con los graves perjuicios que de ello se derivarían para las personas seleccionadas en el mismo tras pasar los diversos ejercicios de que consta; o en la de retrasar ese procedimiento selectivo hasta el momento en que se declare la legalidad del acto administrativo que lo constituye, esta segunda solución se manifiesta mas prudente y equilibrada en cuanto se supone una simple demora, y además comporta una situación menos violenta y más soportable para los propios futuros interesados en el concurso oposición y también para el propio Ayuntamiento convocante, que la de someter a ambos al riesgo de las anulaciones a que antes hemos hecho referencia con sus derivaciones económicas de toda índole. Esta es además la doctrina que viene manteniendo el Tribunal Supremo en análogas cuestiones, de la que puede ser exponente el Auto de su Sala IV del pasado mes de junio.»

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

(Tribunal Supremo)

PRIMERO.- Se acepta la motivación del Auto recurrido".

Por otras, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 11.07.05, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi RJ 2005/9587 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 28.09.11, JUR 2011/368189.**

**Séptimo.-** En caso de ser estimada la suspensión del expediente de contratación, esta parte se compromete a constituir caución o prestar garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que puedan derivarse de la medida cautelar interesada.

Por los motivos expuestos,

**SOLICITO**, Que teniendo por solicitada la citada medida cautelar de suspensión y admitiéndola, ordene lo conducente para su práctica. Todo ello con el compromiso de esta parte de constituir caución o prestar garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que puedan derivarse de la medida cautelar interesada.

**SOLICITO**, Que teniendo por hecha la anterior solicitud y, admitiéndola, ordene lo conducente para su práctica, ordenando la inmediata suspensión del procedimiento de contratación hasta tanto en cuanto no sean resueltas administrativa y, en su caso, judicialmente y con carácter firme, las objeciones y reservas contenidas en el presente escrito impugnatorio.

**SEGUNDO OTROSÍ DIGO**, en cumplimiento del artículo 51.e) de la LCSP, y como ya se indica en el encabezamiento de este escrito, se señala como la dirección de correo electrónico habilitada para el envío de notificaciones y citaciones la siguiente; [eduardo.campos@tts-sl.com](mailto:eduardo.campos@tts-sl.com).

**SOLICITO**, Tenga por hecha la anterior manifestación a los efectos procesales oportunos.

Lo que solicito en Madrid, a 16 de junio de 2021.

Fdo. Eusebio Caballero González