TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA

Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfno. 848 42 19 64-848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expediente: 105/2020

ACUERDO 118/2020, de 11 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don J. S. A. y don F. J. I. M., en nombre y representación de CONSTRUCCIONES MURIAS, S.A. y CONSTRUCCIONES JOSÉ MIGUEL IBÁÑEZ, S.L.U., respectivamente, frente a su exclusión de la licitación del contrato "*Obras de 39 VPO en régimen de alquiler en Parcela p27 Entremutilvas (Valle Aranguren)*" promovido por NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (NASUVINSA).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de febrero de 2020, NASUVINSA publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de "*Obras de 39 VPO en régimen de alquiler en Parcela p27 Entremutilvas (Valle Aranguren)*".

A dicho contrato concurrieron conjuntamente, entre otros licitadores, CONSTRUCCIONES MURIAS, S.A. y CONSTRUCCIONES JOSÉ MIGUEL IBÁÑEZ, S.L.U. (en adelante, MURIAS-IBÁÑEZ).

SEGUNDO.- El 27 de mayo de 2020 se constituyó la Mesa de Contratación, procediéndose a la apertura del sobre A "Documentación General". Se examinó la documentación presentada por los licitadores y, previa solicitud de aclaración, todos ellos fueron admitidos.

Con fecha 16 de junio la Mesa de Contratación procedió a la apertura del sobre B "Propuesta criterios cualitativos", encargando la evaluación de las ofertas a dos vocales técnicos de la Mesa. El 24 de julio los vocales presentaron el informe a la Mesa de Contratación, que aprobó el mismo asumiendo las puntuaciones otorgadas, y acordó convocar el acto de apertura del sobre C.

El 31 de julio tuvo lugar la apertura del sobre C “Propuesta criterios cuantificables mediante fórmulas”, habiéndose formulado por los licitadores las siguientes ofertas:

Nº	OFERTAS	SOBRE C (50 puntos)				
		Oferta económica	Plazo de la obra	Incremento garantía		Criterio social
				Acabados	Habitabil.	
1	CONST. Y OBRAS VICTORINO VICENTE, S.L	-	-	-	-	-
2	UTE ACCIONA CONSTR., S.A.-SERVINABAR 2000, S.L.	5.750.350,98	487 dias nat.	1 año	2 años	3,00%
3	UTE CONSTR. MURIAS, S.A. - CONSTR. J.M. IBAÑEZ S.L.U.	5.744.992,96	487 dias nat.	1 año	2 años	28,32%
4	OBRASCON HUARTE LAIN, S.A. (OHL)	5.915.854,42	487 dias nat.	0 años	0 años	3,65%
5	ANTONIO ERRO Y EUGUI, S.A.	5.915.418,17	487 dias nat.	1 año	2 años	3,94%

Tras el análisis de la documentación relativa al criterio social, la Mesa de Contratación solicitó, con fecha 18 de agosto, una aclaración a MURIAS-IBÁÑEZ, además de a otros dos licitadores, en los siguientes términos: “*En relación al criterio social es necesario que aporten Compromisos emitidos y suscritos por todos los CEE/EI que van a subcontratar (INSERLANTXO, ILUNDAIN, JOSENEA BIO, NABUT y ESKUZESKU), en los que se indique la referencia expresa de las unidades de obra (partidas del presupuesto) que serán objeto de ejecución en el caso de resultar adjudicataria la UTE MURIAS IBAÑEZ (indicando si es partida completa o el porcentaje de ejecución en caso de ser parcial)*”.

MURIAS-IBÁÑEZ aportó la documentación que consideró pertinente, tras lo cual la Mesa de Contratación solicitó un informe técnico al equipo de redactores del proyecto con objeto de “*aportar la información necesaria que describa las singularidades de la obra y la necesidad de que determinadas partidas sean ejecutadas por empresas que se adecuen a las características concretas del contrato*”. Dicho informe se emitió el 10 de septiembre.

La Mesa de Contratación volvió a solicitar, con fecha 11 de septiembre, aclaraciones a MURIAS-IBÁÑEZ, por existir a su juicio dudas sobre la aptitud y capacidad técnica de los subcontratistas indicados en su oferta para la ejecución de determinadas unidades de obra. Le requirió que justificara suficientemente la aptitud de

los tres subcontratistas, concretamente que cumplieran "*orientativa y aproximadamente*" los siguientes requisitos:

1) Respecto a ESKUZESKU, responsable de la ejecución de la estructura de madera, acreditar de modo acumulativo, al menos, que:

- "*Haya ejecutado y finalizado al menos durante los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de ofertas una estructura de madera de nueva ejecución de un edificio residencial de viviendas, con un presupuesto de contrata de estructura de madera de importe igual o superior a 360.455,50 €, IVA excluido (50% del precio de las correspondientes partidas de estructura de madera)*", mediante la aportación de un certificado final de obra que incluya el importe correspondiente a la estructura de madera en la liquidación final de obra, y/o certificado de buena ejecución de la estructura de madera suscrito por promotor y dirección.

- "*Haya ejecutado y finalizado al menos durante los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de ofertas una estructura de madera de nueva ejecución de un edificio residencial de vivienda de al menos tres alturas (50% de las 6 alturas del proyecto).*

Esta aptitud será necesario acreditarla de modo fehaciente y suficiente (no con simples declaraciones propias), sirviendo a tales efectos un certificado de buena ejecución que incluirá las alturas y superficie construida total del edificio ejecutado con estructura de madera suscrito por promotor y dirección".

2) Respecto a INSERLANTXO, responsable de la ejecución de los sellados Passivhaus, que, de modo acumulativo, al menos, dentro de los últimos cinco años:

- "*Acredite el sellado Passivhaus de un edificio de al menos 19 viviendas (50% de 39) que haya obtenido el certificado Passivhaus (expedido por un certificador acreditado o por el PHI)*".

- "*Acredite el sellado Passivhaus de un edificio de al menos tres alturas (50% de 6 alturas) que haya obtenido el certificado Passivhaus (expedido por un certificador acreditado por el PHI)*".

3) Respecto a ILUNDAIN, responsable de la carpintería de madera certificada Passivhaus, que al menos dentro de los últimos cinco años, haya ejecutado al menos 19 puertas (50% de 39) de entrada a vivienda certificadas Passiv Haus Institute.

Por último, solicita también aclaración respecto al compromiso de INSERLANTXO, por considerar contradictorio realizar los trabajos de unas partidas completas y, además, comprometerse a suscribir "*un contrato laboral por un periodo mínimo de seis meses con una de las personas trabajadoras de la EU en itinerario de inserción*".

MURIAS-IBÁÑEZ respondió al requerimiento el 16 de septiembre, alegando que la exigencia de los requisitos enumerados para acreditar la aptitud y capacidad técnica de las subcontratistas es improcedente por no preverse estas exigencias en el pliego rector de la licitación, la imposibilidad de modificar las condiciones del pliego durante la fase de la valoración de las ofertas, ser el criterio de carácter social un criterio objetivo que no puede desvirtuarse exigiendo condiciones no previstas previamente en el pliego, y considerar que en otros procedimientos de licitación el órgano de contratación ha tenido un criterio distinto que en este, aceptando los compromisos aportados sin exigir aclaraciones.

Sobre la referencia a formalizar un contrato laboral con una persona trabajadora de la empresa de inserción, señala que es un compromiso al margen de la ejecución de las partidas completas objeto de subcontratación, es decir, una obligación adicional entre las partes ajena a la licitación.

Con fecha 8 de octubre, se emitió informe por parte de los dos vocales técnicos de la Mesa de Contratación analizando la respuesta de MURIAS-IBÁÑEZ a la segunda solicitud de aclaraciones. En el mismo se señala que las alegaciones del licitador son de carácter jurídico sobre la improcedencia de pedir la justificación de la aptitud de las subcontratistas, pero "*los técnicos de la Mesa consideran indispensable las aclaraciones sobre la APTITUD de los Subcontratistas en el caso de partidas COMPLETAS para poder valorar el criterio social, dado que la contrata principal no va a acometer ningún trabajo si la propuesta de subcontratación es COMPLETA. La asignación de los puntos y consiguiente resultado sobre la adjudicación debe ir*

vinculada necesariamente a que el subcontratista propuesto tenga realmente la capacidad técnica suficiente y adecuada para ejecutar las unidades de obra COMPLETAS comprometidas según su oferta, máxime si las citadas unidades de obra tienen la complejidad y relevancia técnica señalada por la Dirección Facultativa y por el personal técnico de esta Mesa de Contratación".

Señala que los requisitos de la subcontratación se recogen en el artículo 4 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, que indica que las subcontratas deberán tener una organización productiva propia, contar con los medios materiales y personales necesarios, asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial, ejerciendo directamente las facultades de organización y dirección sobre la obra, y disponer de recursos humanos que cuenten con la formación necesaria.

De este modo, rechaza que pueda entenderse que la acreditación de la aptitud quede cumplida con el personal del licitador ya que éste oferta la subcontratación completa de la estructura de madera, por lo que en este caso la intervención de la subcontrata no tiene un carácter parcial, accesorio o auxiliar en el proceso de ejecución de la unidad de obra, sino que se le otorga la ejecución completa con responsabilidad propia en la ejecución de esta estructura de madera, unidad de obra que consideran al alcance sólo de empresas muy especializadas.

Por ello, considera insuficiente la aclaración presentada por no justificar los aspectos de aptitud solicitados, de forma que propone a la Mesa de Contratación "*Excluir en su conjunto la oferta presentada por la UTE MURIAS IBAÑEZ, en tanto que su oferta, en los términos presentados, no resulta viable desde un punto de vista técnico al recaer la ejecución de un relevante porcentaje de unidades de obra sobre subcontratas que carecen de la capacidad y aptitud técnica adecuada y exigible, y todo ello a la vista igualmente de que se trata de subcontratas nominales y concretas ofertadas específicamente en el marco de un criterio de adjudicación con incidencia directa en las valoraciones y, por ende, en los principios de competencia y de igualdad de trato*".

Con fecha 16 de octubre, la Mesa de Contratación propuso la exclusión de MURIAS-IBÁÑEZ por los motivos antes señalados; notificándose su exclusión del procedimiento de licitación con fecha 20 de octubre de 2020.

TERCERO.- Con fecha 30 de octubre de 2020, don J. S. A. y don F. J. I. M. interpusieron, en nombre y representación de dicho licitador, una reclamación especial en materia de contratación pública frente a su exclusión, formulando las siguientes alegaciones:

1º. Señalan que, del pliego de condiciones reguladoras, del pliego de condiciones particulares y del pliego de prescripciones técnicas particulares, se desprende que el criterio de adjudicación de carácter social consiste en la subcontratación a través de Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro o de iniciativa social o Empresas de Inserción, configurándose como criterio objetivo y sin umbral de temeridad, y exigiéndose acreditación de la solvencia únicamente al contratista principal.

Señalan que los demás licitadores ofertaron subcontratar partidas de obra tales como carpintería interior, exterior, instalaciones eléctricas, estructura de madera, estructura metálica, etc., sin que el órgano de contratación les requiriera acreditar la solvencia de sus subcontratas por entender que se trata de aspectos especialmente complejos.

Consideran, respecto al requerimiento de 11 de septiembre, que los requisitos de solvencia exigidos no tienen base en el pliego sino que son una idea sobrevenida de la Mesa de Contratación, y que, de cualquier manera, en la contestación aportaron documentación que acredita la solvencia y el compromiso de las subcontratas, manifestando que han solicitado acceso a otros expedientes del órgano de contratación que consideran necesarios, porque aportan información sobre el criterio seguido por NASUVINSA en otras licitaciones similares, habiéndoseles negado el acceso a los expedientes 2020/20 y 2020/17.

2º. Destacan la importancia de la contratación pública socialmente responsable, y recuerdan que, conforme al artículo 64.6 de la LFCP, la utilización de criterios de

adjudicación de carácter social es obligatoria para los órganos de contratación, de modo que no pueden socavar ni defraudar esta obligación al aplicarlos.

3º. Defienden que de la redacción del criterio social en el pliego sólo se desprenden tres requisitos: indicar el porcentaje que se va a subcontratar, indicar las unidades de obra objeto de subcontratación y acreditar el compromiso con la subcontratista, con cita del Acuerdo 36/2020, de 10 de junio, de este Tribunal.

De esta manera, consideran que al aportar con la oferta cartas de compromiso de todas las empresas subcontratistas e indicar expresamente en el Anexo II del sobre C el porcentaje del presupuesto de la obra que se comprometían a subcontratar, ya aportaron toda la documentación necesaria según el pliego, debiendo haber sido evaluados conforme a la misma sin ninguna solicitud de aclaración. Asimismo, alegan que la construcción no tiene ninguna particularidad de especial complejidad, aportando en este sentido un informe realizado por un arquitecto.

Señalan que otros licitadores han presentado como subcontratistas a estas mismas empresas de inserción social propuestas en su oferta.

4º. Consideran que se ha producido una improcedente modificación de las condiciones de los pliegos durante la fase de valoración de las ofertas, ya que el pliego regulador y las condiciones particulares son claras, pero en la solicitud de aclaraciones de 11 de septiembre se solicita la acreditación de la aptitud de las subcontratas mediante unos documentos no exigidos por los pliegos.

Respecto a la aptitud de las subcontratas, alegan que ya se justificó su solvencia, además de que la solvencia exigida en el pliego se justifica con medios propios. Sobre la ejecución de las estructuras de madera por ESKUZESKU, indican que no es relevante la intervención de un subcontratista porque ya acreditan la solvencia con medios propios y responderán de la buena ejecución de la obra.

En cuanto al certificado Passivhaus, señalan que los aspectos exigidos por el pliego de condiciones particulares, o se van a cumplir por sus medios propios o sólo son valorables durante la ejecución del contrato:

a) La cláusula I del pliego de condiciones particulares, relativa a las exigencias de solvencia técnica y profesional, requiere como personal mínimo un jefe de obra con el certificado “Tradesperson” Passivhaus o equivalente, y esta persona es personal propio suyo.

Asimismo, no consideran procedente exigir la solvencia de los subcontratistas porque esto sólo sería exigible si estuvieran acreditando la solvencia técnica o económica mediante una referencia a aquellos.

b) Se prevé como criterio de adjudicación cualitativo que los procesos de ejecución de obra garanticen con mayor eficacia las exigencias de certificación del estándar Passivhaus Classic o equivalente, y esto ha sido valorado con objeto de la valoración del sobre B, por lo que, independientemente de quién ejecute la unidad de obra, el contratista se compromete a cumplir un proceso de ejecución, cuyo hipotético incumplimiento es una cuestión referente a la ejecución del contrato.

Señalan que se prevé como penalidad específica la no obtención de este certificado, por lo que no puede adelantarse esta exigencia a la fase de valoración.

c) Se prevé como condición especial de ejecución del contrato la obtención del certificado Passivhaus o equivalente, por lo que esto no puede valorarse en el momento de valoración de las ofertas sino durante la ejecución.

Citan el artículo 107.4 de la LFCP, conforme al cual el adjudicatario es el único responsable del correcto cumplimiento del contrato ante la Administración, por lo que no se les puede exigir que acrediten la solvencia de las subcontratistas, y menos todavía excluirles por no acreditarla.

5º. Consideran que NASUVINSA no se encuentra legitimada para la exclusión de su oferta apoyándose en los artículos 67.4 de la Directiva 2014/24/UE y 59.2.c) de la LFCP. Alegan que el acto de exclusión de su oferta adolece de falta de motivación porque ignora tanto sus alegaciones como las previsiones del pliego, por lo que incurriría en una causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.a) de la Ley

39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

Citan la Resolución 928/2020, de 26 de agosto, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, conforme a la cual señalan que no se puede excluir una oferta que no se encuentra incursa en presunción de anormalidad por falta de confianza respecto al cumplimiento de las obligaciones sociales.

6º. Señalan que se ha vulnerado el principio de igualdad de las empresas de inserción social y que, al no haber requerido el órgano de contratación a los demás licitadores las aclaraciones sobre las empresas de inserción social que les ha exigido a los reclamantes, se habría vulnerado el principio de igualdad de trato de la contratación pública conforme al artículo 2 de la LFCP, al tratar de forma desigual a los licitadores.

Asimismo, consideran que se discrimina a las empresas de inserción social al exigírseles que acrediten su solvencia para llevar a cabo la ejecución de las partidas de obra, cuando a otros subcontratistas ofertados por otros licitadores, que no tenían la calificación de empresas de inserción social, no se les ha solicitado ninguna aclaración.

7º. Aducen que las solicitudes de aclaración alteran la aplicación de un criterio de adjudicación objetivo, ya que entienden que sólo se puede valorar el porcentaje de presupuesto que se comprometen a subcontratar, y no si el subcontratista reúne una solvencia que no se encuentra definida en el pliego ni el proyecto.

8º. Defienden que NASUVINSA, con las aclaraciones realizadas sobre la solvencia de los subcontratistas, incluye un factor prohibido como es la experiencia y solvencia de los subcontratistas.

Citan unos párrafos de una "*Guía sobre Contratación Pública y Competencia*" de la CNMC, que indica que la aptitud de las empresas se mide con la solvencia y que, por ello, la experiencia no puede valorarse como criterio de adjudicación. De ello deducen que, como no puede valorarse la experiencia del licitador o los subcontratistas en los criterios de adjudicación, la exclusión debe ser revocada.

9º. Aducen que la exclusión practicada es contraria al principio de adjudicación de los contratos públicos a la oferta económicamente más ventajosa. Señalan que su oferta económica fue la más ventajosa, de modo que el órgano de contratación se encuentra obligado a seleccionarla, sin que el cumplimiento de obligaciones derivadas de la LFCP pueda impedir que se seleccione la proposición económicamente más ventajosa.

10º. Consideran desproporcionada la exclusión de su oferta, ya que entienden que, en el caso de que no pudiera valorarse íntegramente el porcentaje de subcontratación ofertado, lo que procedería sería otorgar una menor puntuación.

Aduce que en otros expedientes la actuación del órgano de contratación ha sido diferente, otorgando una puntuación menor en lugar de optar por la exclusión, por lo que alegan que constituye una actuación contraria a sus propios actos y desproporcionada. Alegan, por tanto, que debería haberse puntuado el porcentaje de subcontratación que se considerara acreditado.

Señalan que, si se eliminan las partidas de obras que el órgano de contratación entiende como de especial complejidad, el porcentaje de subcontratación sería del 12,60%, por lo que sería este porcentaje el que se tendría que haber valorado. Por ello, entienden vulnerado el principio de proporcionalidad de la LFCP.

11º. Indican que con su actuación de ofertar un elevado porcentaje de subcontratación se limitaron a optimizar su proposición respecto a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego, para diferenciarse como la proposición económicamente más ventajosa.

12º. Aducen que la exclusión acordada por NASUVINSA supone una actuación contraria a sus propios actos y al principio de confianza legítima, ya que, en otras licitaciones, como la del expediente 2019/29, el criterio social era el mismo y no se exigieron estos requisitos de solvencia. Señalan, asimismo, que no se les ha permitido acceder a otros expedientes sin ningún argumento válido para denegar dicho acceso, lo que les genera indefensión.

13º. Señalan que, de la tramitación del procedimiento, se desprende que para justificar la exclusión se parte de un informe de la Dirección Facultativa que no cumple los requisitos de la LEC para considerarse informe pericial, y cuyos autores dependen de NASUVINSA, por lo que procedería su tacha al no ser imparciales. También consideran que sólo contiene afirmaciones genéricas sin ninguna concreción.

Destacan que el informe en que se basa la exclusión no es un informe redactado por juristas sino por los mismos técnicos que han evaluado las ofertas, y que el hecho de que hayan transcurrido 8 meses desde el anuncio de la licitación hasta la adjudicación evidencia "*una clara falta de convicción del órgano de contratación en la toma de decisiones*".

Atendiendo a lo expuesto, solicitan que se anule su exclusión, ordenando la retroacción de actuaciones hasta el momento anterior a la misma para que se proceda a su valoración, así como la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, dado que, de continuarse el procedimiento y formalizarse el contrato con otro licitador, en caso de que se estimara la reclamación especial, se ocasionarían perjuicios de difícil reparación, consistentes en el abono de una indemnización al licitador cuyo contrato se resolviera.

CUARTO.- Con fecha 30 de octubre de 2020, 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, no se aportó por parte del órgano de contratación el expediente de contratación ni las alegaciones correspondientes, por lo que se reiteró la solicitud con fecha 4 de noviembre, 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.

QUINTO. Por el Acuerdo 103/2020, de 6 de noviembre, se desestimó la solicitud de adopción de medida cautelar.

SEXTO.- Con fecha 8 de noviembre de 2020, NASUVINSA aportó el expediente del contrato y presentó un escrito de alegaciones frente a la reclamación interpuesta, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP, en el que manifiesta lo siguiente:

1º. Que las reclamantes no presentaron los compromisos de los centros especiales de empleo, por lo que hubo de solicitárseles aclaración con fecha 18 de agosto, de conformidad con el pliego.

2º. Respecto a la necesidad de mano de obra cualificada para la ejecución de determinadas partidas de obra por su complejidad técnica y singularidad, aduce que este hecho es reconocido por el informe de arquitecto aportado por las reclamantes, al indicar que "*los gremios que ejecutarán cada una de las diferentes estructuras siempre deben de contar con montadores cualificados para la ejecución de las mismas*".

Destaca que el informe de 10 de septiembre de los arquitectos redactores del proyecto, que se encargarán de la Dirección Facultativa, sostiene la complejidad técnica de las partidas de obra que se comprometen a subcontratar las reclamantes, indicando respecto a la estructura de madera que "*la propia singularidad de ser el primer edificio que se construya con estas características, representa para las empresas gran complejidad técnica*" y "*Las partidas adscritas a la estructura de madera deberán de ser ejecutadas por mano de obra cualificada*", y respecto a los sellados y partidas que garanticen el cumplimiento del estándar Passivhaus que "*La necesidad de que el proyecto se ejecute con un alto nivel de industrialización, incrementa la complejidad técnica de este tipo de trabajos. La hermeticidad que habitualmente se obtiene o garantiza gracias a una proyección de yeso de cada estancia, en este caso ha de realizarse de un modo muy diferente y técnicamente mucho más complejo: mediante cintas y uniones en seco. La construcción mediante el ensamblado de elementos prefabricados traslada toda la responsabilidad a la correcta ejecución de las uniones y los sellados que se ejecutan en obra. Para ello se considera necesario e imprescindible que la Empresa Constructora cuente con subcontratas capaces de garantizar el cumplimiento de las medidas constructivas que este sello implica*".

Concluyendo que "*Estas partidas constructivas –estructura y fachada de madera, estructura metálica y certificado passivhaus- son claramente las más relevantes del proyecto y su correcta ejecución será necesaria para alcanzar los objetivos impuestos. Debido a la complejidad técnica de estas unidades el pliego valoraba en uno de sus apartados la capacidad de resolución de alguna de estas partidas principales: estructura y fachada de madera, estructura metálica y certificado passivhaus. La correcta ejecución de estas partidas es condición imprescindible para alcanzar los objetivos de calidad, durabilidad, seguridad estructural y los criterios energéticos citados*".

3º. Rechaza la alegada infracción del principio de igualdad de trato entre licitadores, señalando que ningún otro licitador ha ofertado la ejecución de estas concretas unidades de obra por empresas de inserción social. Justifica la exclusión de las reclamantes en su negativa a justificar la capacidad de las subcontratistas para la ejecución de las partidas de obra, y sostiene que su decisión se apoya en el artículo 59.2.c) de la LFCP, que permite desechar las ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato, y se ampara tanto en el informe técnico de los redactores del proyecto como en el informe de aclaraciones complementarias realizado por los dos vocales técnicos de la Mesa de Contratación.

4º. Señala que los diversos argumentos de las reclamantes pueden reconducirse a uno, que la Mesa de Contratación ha modificado de forma sobrevenida el pliego al exigir unos criterios de solvencia a los subcontratistas que no se prevén en aquel.

Alega que no es necesario que se prevea en los pliegos que los subcontratistas ofertados en el marco de un criterio de adjudicación también deben poseer la capacidad técnica adecuada para ejecutar lo que se han comprometido a ejecutar, resultando decisivo cuando, además, la presentación de los subcontratistas tiene incidencia directa en la valoración de las ofertas al constituir un criterio de adjudicación.

Alude al artículo 67.4 de la Directiva 2014/24/UE, "*En caso de duda, los poderes adjudicadores deberán comprobar de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores*", y al artículo 59.2.c) de la LFCP, "*sin perjuicio de la facultad* [del órgano de contratación] *de desechar las ofertas*

técnicamente inadecuadas o que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato".

Rechaza que la alegada ausencia de un informe jurídico suponga ninguna infracción, ya que no existe tal exigencia formal, además de que se ha contado con el asesoramiento jurídico de la secretaria y el resto del personal jurídico.

Asimismo, como refuerzo a los informes técnicos que obran en el expediente, aporta diversos informes: dos del Colegio de Arquitectos Vasco-Navarro (aportados el 9 de noviembre), uno de la Asociación de Empresarios de la Madera de Navarra, y dos de certificadores oficiales Passivhaus en España, que afirman la complejidad técnica de la ejecución de las partidas de obra requeridas.

5º. Rechaza, igualmente, que esté prejuzgando a las empresas de inserción social, señalando que son las reclamantes las que han confirmado las dudas de la Mesa de Contratación sobre la capacidad de las mismas al no aportar ningún elemento que permita acreditar esta, lo que considera confirmado por el hecho de que en su reclamación no afirmen en ningún momento que las subcontratistas ofertadas tengan capacidad técnica para la ejecución de dichas partidas de obra.

Asimismo, muestra su disconformidad con la alegación de que no es relevante la intervención de un subcontratista porque es el contratista el que responde frente al órgano de contratación de la buena ejecución de la obra, ya que el subcontratista no es un mero proveedor sino quién debe realizar físicamente las obras. Cita al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales - sin indicar la resolución -, que considera la distinción entre subcontratistas y proveedores en que el subcontratista pone su trabajo, realiza una prestación, no aporta sólo material.

Destaca que la importancia de la capacidad técnica de las subcontratistas se desprende del artículo 107 de la LFCP, que indica que "*Los subcontratistas podrán ser sustituidos, previa acreditación de que los sustitutos disponen, al menos, de igual solvencia económica y financiera, técnica o profesional que el sustituido, con autorización expresa de la entidad contratante*".

Considera, además, que al implicar la aportación de estos subcontratistas una puntuación en los criterios de adjudicación, que un licitador obtenga más puntos que los demás y pueda resultar adjudicatario cuando los subcontratistas que oferta carecen de la capacidad técnica, supondría una infracción del principio de competencia y de igualdad de trato.

Niega que haya infracción del principio de igualdad de trato porque otros licitadores ofertaran subcontratar estas mismas partidas de obra, ya que señala que ERRO Y EUGUI ofertó subcontratar la estructura de madera, pero no se le solicitó aclaración porque se trata de un subcontratista de obra ordinario de cuya capacidad no se ha dudado.

También rechaza que se haya alterado el criterio de adjudicación transformándolo en subjetivo, ya que la Mesa de Contratación sólo ha solicitado aclaraciones para comprobar la capacidad, lo que no incide en el criterio. Señala que la exclusión nada tiene que ver con la interpretación del criterio, sino con la viabilidad de la oferta.

Sobre que la exclusión no se encuentra motivada, indica que se ha permitido a las reclamantes acceder al expediente, a los informes y a las actas, que conocen las razones de su exclusión y han podido interponer una reclamación especial con todas las garantías.

Respecto a la indefensión alegada porque se les ha negado el acceso a otros expedientes, señala que no cabe apelar a expedientes de contratación distintos al presente porque cada uno tiene sus particularidades, negando en cualquier caso que en otros expedientes se haya admitido puntuar solo por una parte del porcentaje ofertado en el criterio social. Indica que en el expediente señalado por las reclamantes el licitador ofertó dos subcontratistas que no eran empresas de inserción social, y que, requerida una aclaración, sí presentó dos empresas de inserción social, por lo que no se aceptó la aclaración y se le otorgaron cero puntos. La diferencia radicaría en que no se dudaba de la capacidad de los subcontratistas iniciales. De este modo, indica que no existen actos propios de NASUVINSA a los que atender.

Además, sobre el acceso a expedientes de contratación distintos, cita la Resolución 487/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y el Acuerdo 81/2019, de 24 de octubre, de este Tribunal, así como el Acuerdo 88/2020, de 7 de octubre, que recogen la doctrina sobre el derecho de acceso al expediente de contratación y los límites al mismo. Considera, en base a ellos, que las reclamantes accedieron al presente expediente, sin que el órgano de contratación tenga obligación de dar acceso a otros expedientes.

6º. Respecto a que la exclusión es desproporcionada y debería valorarse el porcentaje de unidades de obra a ejecutar que no ha sido considerado de especial complejidad, afirma que no puede procederse de este modo porque el órgano de contratación no puede modificar la oferta de ningún licitador, al igual que los licitadores no pueden modificar la suya, salvo que se trate de errores aritméticos o fácilmente inteligibles.

A estos efectos, cita el Acuerdo 72/2020, de 26 de agosto, de este Tribunal, que indica que "*los licitadores son responsables de sus ofertas y de los términos en que estas son realizadas, para lo que resulta exigible un mínimo de diligencia por su parte, no pudiendo el órgano de contratación modificar estas ni subsanar los defectos de que adolezcan. A este respecto, el Acuerdo 74/2019, de 16 de septiembre, señala:*

"*Con carácter general cabe señalar que la oferta constituye la declaración de voluntad mediante la que el licitador manifiesta su disposición a obligarse con la entidad contratante en los concretos términos que, con sujeción a lo establecido en los pliegos, oferte en su proposición. En cuanto manifestación de la voluntad del contratista, la oferta constituye un presupuesto esencial del contrato administrativo, sin cuyo concurso no puede llegar a existir el contrato*".

Destaca que el acuerdo desestima la reclamación porque la Mesa de Contratación "*no puede atribuir una puntuación distinta a la que resulte de la oferta realizada mediante la interpretación o modificación de esta como pretende la reclamante*". De este modo, aduce que no podía valorar la oferta con cero puntos porque supondría modificar la oferta presentada, ni podía aceptar la oferta porque no es viable en los términos expuestos.

7º. En cuanto a las actas de calificación de los sobres B y C, señala, respecto a lo alegado por las reclamantes de que no tienen fecha, que la fecha final del acta de calificación del sobre B es el 24 de julio de 2020, y la fecha final del acta de calificación del sobre C es el 16 de octubre, rechazando cualquier efecto invalidante respecto a este extremo.

En consecuencia, solicita que se desestime la reclamación especial interpuesta, así como que no se acuerde la suspensión cautelar del procedimiento.

SÉPTIMO.- El 9 de noviembre de 2020 se dio traslado a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, habiéndose presentado un escrito de alegaciones por ANTONIO ERRO Y EGUI, S.A. con fecha 12 de noviembre, en el que se señala lo siguiente:

1º. Que la construcción de las VPO debe realizarse conforme al proyecto de ejecución y los proyectos parciales indicados en el pliego de prescripciones técnicas, que requieren una mano de obra con especial cualificación por ser una obra singular de especial complejidad. Aporta el informe de un arquitecto técnico que rebate el aportado por las reclamantes, afirmando la complejidad y singularidad de la obra.

2º. Defiende que la redacción del criterio social exige que se detallen expresamente las unidades de obra que se van a subcontratar con la finalidad de controlar la viabilidad de la oferta.

3º. Alega que el porcentaje de subcontratación ofertado por las reclamantes, el 28,32%, es muy superior a los porcentajes ofertados por los licitadores, no sólo en esta licitación, sino también en otras licitaciones similares, según sus cálculos, por lo que, aunque el pliego no estableciera un límite al porcentaje de subcontratación considera inviable el porcentaje ofertado.

4º. Considera que no se ha producido ninguna modificación del pliego, ya que el órgano de contratación está facultado por el artículo 97 de la LFCP para solicitar aclaraciones y el artículo 67.4 de Directiva 2014/24/UE habilita a los órganos de

contratación para comprobar de manera efectiva la exactitud de la información aportada por los licitadores.

5º. Señala que la oferta de las reclamantes es técnicamente inadecuada, ya que las subcontratistas forman parte de la oferta del contratista principal y su solvencia tiene relación directa con la solvencia técnica del mismo, siendo la solvencia del contratista irrelevante porque no es su personal el que va a ejecutar las partidas de obra.

Asimismo, indica que el art. 12.2 de la LFCP exige al licitador contar con la habilitación empresarial o profesional que se exija para la actividad objeto del contrato, alegando que no se acredita que las subcontratistas cuenten con dicha habilitación.

Considera acreditado mediante los informes de la dirección facultativa y los demás aportados por NASUVINSA en sus alegaciones, que las partidas de obra cuestionadas deben realizarse por empresas con personal cualificado.

6º. Respecto a la falta de motivación alegada por las reclamantes, considera perfectamente motivada la exclusión, señalando que es una cuestión distinta que las reclamantes no estén de acuerdo con la misma.

7º. Rechaza que se haya producido ninguna desigualdad de trato o discriminación a las empresas de inserción social, ya que la Mesa de Contratación otorgó la posibilidad de justificar la capacidad de las subcontratistas.

8º. Alega que el órgano de contratación no ha podido alterar la forma de aplicación del criterio de adjudicación porque ni siquiera ha puntuado dicho criterio, sino que ha procedido a la exclusión de la oferta por considerarla inviable.

9º. Respecto a la posibilidad de valorar sólo el porcentaje de unidades de obras que no se consideran de especial complejidad, defiende que no puede modificarse la oferta presentada, de modo que el órgano de contratación no puede modificar la oferta de un licitador, pues supondría una infracción del principio de igualdad de trato.

Asimismo, señala que tampoco podría puntuarse con cero puntos dicho criterio, ya que, aunque no se otorgarse puntuación, conforme a la oferta, las subcontratistas tienen que realizar la ejecución de las partidas de obra, por lo que la oferta es técnicamente inviable.

Por todo ello, solicita la desestimación de la reclamación especial interpuesta.

OCTAVO.- El mismo día 12 de noviembre de 2020, las reclamantes presentaron un escrito dirigido a NASUVINSA, relativo a la suspensión de la licitación.

NOVENO.- Con fecha 25 de noviembre de 2020, las reclamantes presentaron un escrito de alegaciones complementarias solicitando la inadmisión del informe del Colegio de Arquitectos Vasco-Navarro aportado por NASUVINSA con fecha 9 de noviembre, por extemporáneo, al encontrarse fuera del plazo otorgado por este Tribunal para que el órgano de contratación aportara el expediente.

Asimismo, respecto a los restantes informes aportados por NASUVINSA junto a sus alegaciones, señalan que los mismos constituyen una prueba adicional al expediente de licitación y contienen una argumentación novedosa sobre la cual no han llegado a pronunciarse.

Por ello, si el Tribunal considerara pertinentes dichos informes y fuera a tenerlos en cuenta a la hora de resolver la reclamación especial, considera que sería necesario que emplazara a las personas interesadas para pronunciarse al respecto, pues lo contrario generaría una absoluta indefensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- NASUVINSA es una sociedad mercantil de las previstas en el artículo 4.1.e) de la LFCP, por lo que las decisiones que adopte en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos pueden ser impugnadas ante este Tribunal de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma Ley Foral.

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

TERCERO.- La reclamación se fundamenta 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, conforme al artículo 124.3.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 resolver si la exclusión de las reclamantes de la licitación del contrato "Obras de 39 VPO en régimen de alquiler en Parcela p27 Entremutilvas (Valle Aranguren)" promovido por NASUVINSA - por considerar que la misma no resulta viable desde un punto de vista técnico al recaer la ejecución de un relevante porcentaje de unidades de obra sobre subcontratas que carecen de la capacidad y aptitud técnica adecuada y exigible – resulta ajustada a la legalidad.

Como cuestión previa al enjuiciamiento de la controversia planteada debe ponerse de manifiesto la improcedencia de tomar en consideración los informes aportados por la entidad contratante con fecha 9 de noviembre de 2020, toda vez que, como señalan las reclamantes, han sido aportados fuera del plazo habilitado en orden a la remisión del expediente y del informe de alegaciones en defensa de la legalidad del acto objeto de impugnación.

Por otro lado, respecto a los tres informes aportados junto con el escrito de alegaciones – emitidos por la Asociación de Empresarios de la Madera de Navarra (ADEMAN), por el certificador oficial Passivhaus en España y por IGLU ENERGY SAVING S.L -, si bien es cierto que se emiten con ocasión de la reclamación interpuesta y, por tanto, no han sido conocidos por las reclamantes, también lo es que vienen a ratificar las consideraciones manifestadas por la dirección facultativa, sin añadir cuestión nueva que, a juicio de este Tribunal, pudiera justificar la sustanciación

de trámite de alegaciones complementarias a favor del resto de interesados en este procedimiento.

SEXTO.- Por evidentes razones de sistemática, comenzaremos analizando la alegación que formulan las reclamantes en relación con la insuficiente motivación del acto objeto de impugnación, que, de manera pormenorizada hemos expuesto en los antecedentes de hecho, a donde nos remitimos en orden a evitar reiteraciones innecesarias.

Sobre la motivación de los actos administrativos, señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2017 que *"Con carácter general, la motivación de los actos administrativos precisa, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo, cuya reiteración excusa cita, de una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada --la restructuración del servicio de urgencia de Vimianzo-- poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos, aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa.*

Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE. El cumplimiento de esta elemental exigencia de la motivación de los actos, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos en que se basa, previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, se salvaguarda atribuyendo, en caso de incumplimiento, la severa consecuencia de la anulabilidad del acto administrativo inmotivado, prevista en el artículo 63.2 de la citada Ley.

Ahora bien, esta ausencia de motivación puede ser un vicio invalidante, como hemos señalado, o bien una mera irregularidad, en el caso de que no se haya producido ese desconocimiento de los motivos y razones en que se funda la decisión administrativa. Dicho de otra forma, debe atenderse a un criterio material en orden a determinar si efectivamente se ha cumplido, o no, la finalidad que exige la motivación de los actos, es decir, si el destinatario ha llegado a conocer las razones de la decisión adoptada por la Administración, evaluando si se le ha situado, o no, en una zona de indefensión, por limitación de su derecho de defensa".

De igual modo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia 290/2016, de 13 de abril, apunta que *"Hemos de tener en cuenta que el transcrito art. 54 de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre exige que la motivación sea sucinta, es decir, bastante o suficiente para cumplir con la finalidad, de que el destinatario pueda entenderla, sin necesidad de complejos razonamientos jurídicos que puedan llegar a confundir al lector, como dice el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 13-7-82, 4-2-85, 3-3-90, etc., etc.; de tal manera que la concisión en la motivación, no impide el ejercicio de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva. Según la doctrina constitucional, ha de diferenciarse entre actuaciones administrativas eminentemente regladas y aquellas otras que permiten un margen de discrecionalidad, de manera que si bien respecto de las primeras es necesaria una contestación explícita y pormenorizada con referencia a la normativa jurídica concreta en que se basa la resolución; en las segundas, se puede acudir a criterios de carácter más genérico, siempre que permitan al destinatario entender la ratio decidendi de la Administración. Para poder apreciar la existencia o no de motivación del acto administrativo, es necesario que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente, no sólo que el órgano ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de ella, (SSTS 26/1997, de 11 de febrero; 129/1998, de 17 de septiembre, 15/1999, de 22 de febrero; 74/1999, de 26 de abril y 94/1999, de 31 de mayo, entre otras muchas); sin que sea suficiente la remisión genérica a informes o documentos obrantes en el expte. advo. pues tal remisión implica necesariamente que se notifiquen al particular, junto con la resolución administrativa, copia de los informes o documentos en que se fundamente, a fin de que éstos integren el razonamiento jurídico esencial para la formación de la voluntad de los órganos administrativos; siempre que dichos informes contengan de forma explícita la "ratio decidendi"."*

En nuestro caso, el acuerdo por el que se dispone la exclusión de las reclamantes indica expresamente lo siguiente: *"El órgano de contratación, a propuesta de la Mesa de Contratación, y debido a que NASUVINSA tiene la obligación de velar por el interés público, por la igualdad de trato y de oportunidades de todos los licitadores, por la viabilidad técnica de las ofertas presentadas, por la consecución de la oferta más ventajosa y por la correcta ejecución del contrato, a la vista del informe de la Dirección Facultativa, del informe técnico de los miembros de la Mesa de Contratación*

y de la ausencia de aclaraciones de la persona licitadora UTE MURIAS IBAÑEZ relativas a la viabilidad en las subcontrataciones completas presentadas pese a la oportunidad concedida y teniendo en cuenta, al menos, los artículos 67.4 de la Directiva de contratos públicos 2014/24/UE y 59.2.c) de la LFCP, que habilita a desechar las ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato acuerda:

- la exclusión en su conjunto de la oferta presentada por la UTE MURIAS IBAÑEZ, en tanto que su oferta, en los términos presentados, no resulta viable desde un punto de vista técnico al recaer la ejecución de un relevante porcentaje de unidades de obra sobre subcontratas que carecen de la capacidad y aptitud técnica adecuada y exigible, y todo ello a la vista igualmente de que se trata de subcontratas nominales y concretas ofertadas específicamente en el marco de un criterio de adjudicación con incidencia directa en las valoraciones y, por ende, en los principios de competencia y de igualdad de trato.

Se adjunta informe de la Dirección Facultativa e informe de los técnicos de la Mesa en los que se ha basado el acuerdo de la Mesa de Contratación.

Contra el presente acuerdo, puede interponerse una reclamación especial en materia de contratación pública en virtud de los artículos 122 y siguientes de la Ley Foral 2/2018 de 13 de abril de Contratos Públicos".

Así pues, resulta evidente que el citado acuerdo en ningún caso adolece de motivación insuficiente, pues además de exponer las razones de tal decisión, adjunta los informes técnicos en los que se fundamenta; motivo por el cual no cabe apreciar indefensión alguna, pues las reclamantes han tenido cumplido y suficiente conocimiento de las razones de la decisión de adoptada, como de hecho evidencia la extensa reclamación cuya resolución ahora nos ocupa.

SÉPTIMO.- La cuestión principal que las reclamantes someten a consideración de este Tribunal es la improcedencia, a su juicio, de exigir la acreditación de la solvencia técnica a los Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro o Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o Empresas de Inserción a las que propone subcontratar conforme al criterio de social de adjudicación; y cuya falta de acreditación ha determinado, a la postre, la exclusión de su oferta. Cuestión que, en síntesis, entiende no ajustada a derecho por cuanto, de un lado, en este caso, la solvencia técnica o

profesional se acredita con medios propios de las empresas licitadoras y no con las subcontratistas; y de otro, por cuanto ninguna previsión al respecto contiene el pliego regulador del contrato, no pudiendo, por tanto, exigirse posteriormente en fase de valoración de las ofertas por suponer una alteración sustancial de las condiciones en que se desarrolló la licitación.

Al respecto, opone la entidad contratante que los subcontratistas ofertados en el marco de un criterio de adjudicación, se diga o no en el pliego, también deben reunir la capacidad técnica adecuada para poder ejecutar debidamente aquello a lo que se han comprometido, y ello, además, conforme a lo dispuesto en el artículo 107 LFCP; resultando que, en este caso, los informes técnicos obrantes en el expediente confirman la complejidad técnica de las partidas que las reclamantes se comprometen a subcontratar (estructura de madera, aislamiento), no siendo algo sencillo ni equiparable a la construcción tradicional, que debía ser conocido por los licitadores; de ahí que no resulte posible su ejecución por las subcontratas ofertadas y de donde resulta la inviabilidad técnica de la oferta determinante de su exclusión.

Por su parte, la tercera interesada que ha comparecido en el presente procedimiento sostiene que el porcentaje de subcontratación ofertado por las reclamantes, el 28,32%, resulta inviable, debiendo contar con solvencia técnica independiente de la del contratista, pues son quienes van a ejecutar tales partidas de obra; estando acreditado, en este sentido, que las partidas cuestionadas deben realizarse por empresas con personal cualificado.

Expuestas de manera sintetizada las posiciones de las partes, debemos comenzar por centrar los términos del debate planteado, que en modo alguno pivota sobre la complejidad técnica de las partidas de obra controvertidas, pues ello constituye una cuestión eminentemente técnica sobre la que si bien los informes aportados por la entidad contratante y las reclamantes sostienen posturas diversas, una valoración de ambos, partiendo de la presunción de objetividad e imparcialidad del informe de la dirección facultativa en atención a su condición de tal – pues, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 596/2018, de 11 de octubre, por más que el director facultativo no sea funcionario, desde el mismo momento en que es designado por la entidad contratante para ese cargo, adquiere por ello unas responsabilidades y

unas facultades que le alejan de la empresa a la que pertenece, integrándose en la misma que es el órgano administrativo que contrata, del que depende -, permite concluir que el aportado por la parte reclamante no tiene virtualidad para desvirtuarlo toda vez que plasma una opinión diferente sin identificar de manera precisa y clara los concretos puntos de desacierto técnico que advierte en el dictamen de la entidad contratante y sin señalar las fuentes técnicas que hayan puesto de manifiesto un evidente e inequívoco error.

Dicho esto, la cuestión que se suscita es la relativa a la posibilidad de exigir la acreditación de la solvencia técnica, que la entidad contratante denomina como aptitud de los medios técnicos y humanos, de los centros especiales de empleo sin ánimo de lucro, de iniciativa social o empresas de inserción cuya subcontratación se propone en el marco del criterio de adjudicación de carácter social previsto en el pliego, cuando dicho documento contractual no prevé tal exigencia; y, por tanto, sobre la adecuación a derecho de justificar la exclusión de la oferta en la circunstancia de no haber acreditado el extremo en tal sentido requerido. Y decimos que lo que se exige no es sino la acreditación de la solvencia técnica de tales entidades pues, como apunta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de junio de 2016*"la verificación de la aptitud de los licitadores por las entidades adjudicadoras se efectúa con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica (denominados «criterios de selección cualitativa») especificados en los artículos 31 y 32 de la Directiva 92/50 y los preceptos referidos de la Directiva 2004/18 (EDL 2004/44276). (STJUE de 24 de enero de 2008 C-532-08 y STJUE Beentjes de 20 de septiembre de 1988)"*.

Centrada en tales términos la cuestión jurídica planteada, procede realizar una serie de consideraciones sobre la figura de la subcontratación en el ámbito de la contratación pública, pues, como no puede ser de otro modo, van a constituir las pautas interpretativas en la resolución del debate suscitado.

Mediante la subcontratación, como señala la Resolución 243/2017, 13 de septiembre, del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el sujeto de derecho que ha recibido el encargo de realizar una determinada prestación, encarga, a su vez, la realización de parte de la misma a un tercero; resultando claro que no puede haber subcontrato sin contrato principal previo. El contrato principal es presupuesto

necesario para la existencia del subcontrato; y el objeto del subcontrato ha de ser la realización de alguna de las prestaciones que son, a su vez, objeto del contrato principal. A diferencia de lo que sucede con la figura de la cesión del contrato, el subcontratista no se subroga en la posición del contratista, que sigue siendo el único responsable ante la entidad contratante.

En términos generales, las previsiones sobre la subcontratación se encuentran recogidas en el artículo 107 LFCP que la admite salvo que el pliego disponga lo contrario, o que por su naturaleza o condiciones se trate de prestaciones que sólo pueden ser ejecutadas por el adjudicatario. Dice así, el precepto citado:

"1. Las prestaciones del contrato podrán ser objeto de subcontratación, salvo aquellas de carácter personalísimo, cuando quien licite, en el momento de acreditar su solvencia haya presentado una relación exhaustiva de los subcontratistas en los términos establecidos en el artículo 18 de esta ley foral. Dicha relación vendrá acompañada de una declaración responsable del subcontratista de que está de acuerdo en cumplir las condiciones del contrato y que no concurre en ninguna de las circunstancias del artículo 22.

Los subcontratistas podrán ser sustituidos, previa acreditación de que los sustitutos disponen, al menos, de igual solvencia económica y financiera, técnica o profesional que el sustituido, con autorización expresa de la entidad contratante.

En el caso de los contratos de obras y respecto de los servicios que deban prestarse en una instalación bajo la supervisión directa del poder adjudicador, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando se inicie la ejecución de este, el órgano de contratación exigirá al contratista principal que le comunique el nombre, los datos de contacto y los representantes legales de los subcontratistas que intervengan en las obras o servicios en cuestión, siempre que se conozcan en ese momento. El poder adjudicador exigirá al contratista principal que le notifique cualquier modificación que sufra esta información durante el transcurso del contrato.

2. No obstante, una vez formalizado el contrato se admitirá la subcontratación de prestaciones accesorias al objeto principal del contrato, siempre que esté previsto en el pliego regulador de la contratación y se ajuste a los siguientes requisitos:

a) Comunicación por escrito a la Administración del contrato suscrito entre el adjudicatario del contrato y su subcontratista junto con toda la información prevista en

el apartado 1 de este artículo. La subcontratación deberá ser objeto de autorización expresa.

b) Que el contrato entre el adjudicatario del contrato y su subcontratista no prevea unas condiciones de pago más desfavorables que las señaladas en esta ley foral o, en su caso en el pliego regulador de la contratación para el abono del precio a los contratistas.

c) Que el subcontratista presente una declaración de no encontrarse incurso en causa de exclusión para contratar y de comprometerse a respetar, como mínimo, las condiciones laborales del convenio colectivo sectorial aplicable.

3. En caso de demora en el pago, el subcontratista tendrá derecho al cobro de intereses e indemnización por gastos de cobro conforme a lo dispuesto en la legislación reguladora de la morosidad en las operaciones comerciales.

4. En todo caso el adjudicatario será el único responsable del correcto cumplimiento del contrato ante la Administración, siendo el único obligado ante los subcontratistas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6.

5. La subcontratación de prestaciones no permitidas por el pliego será ilegal y dará lugar a la resolución del contrato.

6. El órgano de contratación podrá prever en los pliegos de cláusulas administrativas que se realicen pagos directos a los subcontratistas, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos para el pago al contratista principal y siempre que se acredite el impago por parte de éste a su subcontratista. Los pagos efectuados a favor del subcontratista se entenderán realizados por cuenta del contratista principal, manteniendo en relación con el órgano de contratación la misma naturaleza de abonos a buena cuenta que la de las certificaciones de obra".

Así pues, el precepto transcrito, diferencia dos supuestos en que puede operar la subcontratación, a saber, aquella que se ponga de manifiesto por el licitador en el momento de acreditar su solvencia técnica (apartado primero) y la que se produzca una vez formalizado el contrato (apartado segundo); supuestos diferentes, sometidos también a requisitos y consideraciones distintas, que, como luego veremos, también contempla el pliego regulador del contrato.

De otro lado, el artículo 64.6 LFCP, al regular los criterios de adjudicación de carácter social, también hace referencia a la subcontratación, al disponer que *"Los*

criterios de adjudicación de carácter social deberán tener una ponderación de al menos el 10% del total de puntos, y a tal efecto se valorarán cuestiones relacionadas con el objeto del contrato, tales como la inserción sociolaboral de personas con discapacidad, o en situación o riesgo de exclusión social; la igualdad de mujeres y hombres; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la participación de profesionales jóvenes y de entidades o sociedades de profesionales de dimensiones reducidas; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción; criterios éticos y de responsabilidad social aplicada a la prestación contractual; la formación, la protección de la salud o la participación de las trabajadoras y los trabajadores de la prestación; u otros de carácter semejante."

Así las cosas, la subcontratación puede emplearse como forma de integración de la solvencia por medios externos, o bien integrarse en la fase de ejecución del contrato. Delimitación que resulta de especial relevancia, toda vez que en el primer supuesto el subcontratista que completa la solvencia se integra como parte del contrato; así lo indica el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 2/2018, de 13 de febrero, cuando razona que *"En el Informe 23/2013 se abordó precisamente la diferencia conceptual entre subcontratación e integración de solvencia con medios externos, señalando que cuando se habla de subcontratación nos situamos siempre en fase de ejecución, siendo responsable de ésta frente a la Administración, únicamente el contratista; siendo diferente la figura de la integración de solvencia por medios externos que ampara una "suerte de subcontratación en fase de solvencia", sin olvidar que en este supuesto se trata de completar la solvencia, es decir, la capacidad para contratar con la administración y por ello en este caso esos medios externos deben formar parte del contrato, ya que constituyen junto al licitador, el contratista de la Administración. Por eso para dar respuesta a la cuestión planteada debemos reiterar expresamente el siguiente contenido del mencionado informe 23/2013: "La incorporación de estos medios al contrato fue expresamente afirmadas en el informe 1/2010. No puede ser de otro modo, porque si no la Administración contrataría con un operador económico no solvente. Y de ahí que en este caso —a diferencia de lo expuesto sobre la subcontratación en fase de ejecución— la Administración pueda exigir, para garantizar esa disponibilidad durante la ejecución, que el tercero que completa la solvencia se incorpore como parte del contrato""*.

Sentado lo anterior, como indica la Recomendación 2/2013, de 25 de noviembre, de la misma Junta Consultiva "*La subcontratación es un derecho del contratista a contratar externamente la ejecución de parte del contrato; pero tal derecho, en el ámbito de la contratación pública, no es absoluto, por cuanto en aras del interés publico en la ejecución, la ley habilita a la Administración contratante para que prohíba en ocasiones la subcontratación. Esta decisión en todo caso deberá estar suficientemente motivada en la resolución de inicio del expediente, por tratarse de una excepción a la regla general*".

De igual modo, la Sentencia de la Audiencia Nacional 2047/2014, de 7 de mayo, señala que "*DÉCIMO TERCERO.- Por lo expuesto se confirma en ese aspecto el PCAP, a partir de lo cual se aborda la legalidad de prohibir la subcontratación, motivo distinto del anterior si bien está vinculado. Al respecto es cuestión pacífica que permitirla es la regla general tal y como se deduce del artículo 227.1 LCSP pues fomenta la competitividad y la libre concurrencia, así como el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública. De esta manera prohibir lo que es esa regla general cabe en dos supuestos: que el contrato o los pliegos establezcan esa prohibición o que la imposibilidad de subcontratar venga dada porque el contrato, por razón de su naturaleza y condiciones, deba ser ejecutado directamente por el adjudicatario.*
DÉCIMO CUARTO.- Del artículo 227.1 no cabe deducir una decisión enteramente discrecional, sino que debe tener una razón, un fundamento; es más, que el artículo 227.1 separe las dos hipótesis o supuestos de prohibición no significa respecto de la primera -que se prevea en el contrato o en los pliegos- que no tenga que responder a razón explícita alguna. Por tanto del citado precepto cabe deducir que la Administración siempre debe dar una razón de por qué prohíbe subcontratar; una está ya determinada ex lege - que por razón del objeto y condiciones, el contrato deba ejecutarlo directamente el adjudicatario- y otra es indeterminada -que lo prevea el contrato o los pliegos- pero en ambos casos tal decisión debe integrarse y responder a una razón excepcional, explícita y objetiva, luego contrastable".

Así pues, la regla general es la admisión de la subcontratación, salvedad hecha de prestaciones de carácter personalísimo o de los supuestos en que así lo establezca el

pliego – excepciones recogidas en el transcrito artículo 107 LFCP -; si bien, en tales casos, se precisa de la oportuna motivación en el expediente, pues como señala la Resolución 21/2018, de 31 de mayo, de la Comisión Jurídica de Extremadura "*En definitiva, limitar la subcontratación, es una cuestión sobre la que el órgano de contratación tiene libertad de decisión –discrecional, que no arbitraria– y que deberá decidir en función de las características y peculiaridades de cada contrato y, en particular, de su prestación, realizando su previsión en los pliegos*".

Llegados a este punto, cabe traer a colación que el artículo 63.2 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, establece que "*En el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios o las operaciones de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas tareas críticas sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una agrupación de operadores económicos de las contempladas en el artículo 19, apartado 2, por un participante en esa agrupación*".

Así pues, como señala el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en su Resolución 8/2015, de 21 de enero, es posible que el órgano de contratación establezca en los pliegos una limitación cualitativa a la subcontratación que afecte a una serie de partidas o prestaciones que no puedan ser subcontratadas.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2016, asunto C-406/14, recuerda que *"32 Según declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 31 de la sentencia de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), la Directiva 2004/18 contempla mediante dicho artículo el recurso a la subcontratación sin mencionar ninguna limitación al respecto.*
33 Por el contrario, el artículo 48, apartado 3, de dicha Directiva, en la medida en que establece la posibilidad de que los licitadores demuestren que reúnen unos niveles mínimos de capacidades técnicas y profesionales fijados por el poder adjudicador recurriendo a las capacidades de terceros —siempre que acrediten que, si el contrato se les adjudica, dispondrán efectivamente de los recursos necesarios para la ejecución

del contrato que no son propios suyos— consagra la posibilidad de que los licitadores recurran a la subcontratación para la ejecución de un contrato, y ello, en principio, de manera ilimitada.

34 No obstante, cuando la documentación del contrato obliga a los licitadores, en virtud del artículo 25, párrafo primero, de la Directiva 2004/18, a que indiquen, en sus ofertas, la parte del contrato que tengan la intención de subcontratar y los subcontratistas propuestos, el poder adjudicador podrá prohibir el recurso a subcontratistas cuyas capacidades no haya podido comprobar al examinar las ofertas y al seleccionar al adjudicatario, para la ejecución de partes esenciales del contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de marzo de 2004, Siemens y ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, apartado 45)".

El mismo Tribunal en Sentencia de 5 de abril de 2017, asunto C-298/15, admite que la limitación de la subcontratación con el objetivo de garantizar la correcta ejecución del contrato debe considerarse legítimo, indicando en tal sentido que *"una restricción de este tipo puede justificarse en la medida en que persiga un objetivo legítimo de interés general y siempre que observe el principio de proporcionalidad, es decir, que garantice la realización de ese objetivo y no vaya más allá de lo necesario para ello (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C234/03, EU:C:2005:644, aparta-do 25, y de 23 de diciembre de 2009, Serrantoni y Consorzio stabile edili, C376/08, EU:C:2009:808, apartado 44)".*

Al respecto, la precitada Resolución 21/2018, de 31 de mayo, de la Comisión Jurídica de Extremadura, señala que *"(…) Por tanto, del citado precepto cabe deducir que la Administración siempre debe dar una razón de por qué prohíbe subcontratar; una está determinada ex lege –que por razón del objeto y condiciones, el contrato deba ejecutarlo directamente el adjudicatario- y otra es indeterminada –que lo prevea el contrato o los pliegos-, pero en ambos casos tal decisión debe integrarse y responder a una razón excepcional, explícita y objetiva, luego contrastable".*

Esta excepción sería lo que la nueva Directiva expresa con el término "tareas críticas" y por ello deberán ser ejecutadas directamente por el propio licitador justificándose todo ello por el órgano de contratación en los pliegos y en el expediente de contratación".

Así pues, cabe la posibilidad de que el órgano de contratación defina aquellas tareas críticas que, en aras de salvaguardar el interés general que subyace en la correcta ejecución del contrato, no podrán ser objeto de subcontratación; si bien tal restricción precisa de una especial concreción y motivación, debiéndose respetar el principio de proporcionalidad, no pudiéndose, así, restringir el derecho a subcontratar más allá de lo estrictamente necesario para asegurar tal finalidad. Limitaciones que, anticipamos, no recoge el pliego regulador del contrato que nos ocupa.

OCTAVO.- Efectivamente, la cláusula trigésima del Pliego de Condiciones Reguladoras del contrato, en relación con la subcontratación, dispone que *"Se estará a lo dispuesto en el artículo 107 LFCP y a lo dispuesto en el apartado Q de las Condiciones Particulares"*.

A su vez, la cláusula undécima se refiere a la subcontratación en la documentación justificativa de la contratación regulada en el artículo 107.1 LFCP, disponiendo al efecto, que entre la documentación a incluir en el Sobre A *"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 licitadores que concurran a la licitación y/o ejecución del contrato"*.

Por su parte, el apartado M) de las Condiciones Particulares, relativo a los criterios de adjudicación, contempla lo siguiente: *"4- Criterios de carácter social (máximo 10 puntos)*

Se otorgará la puntuación máxima a la oferta de la empresa licitadora que presente mayor porcentaje económico del presupuesto del Proyecto de la obra subcontratado con empresas que sean Centro especial de empleo sin ánimo de lucro, Centro Especial de Empleo de iniciativa social o Empresa de inserción, en los términos previstos en la LFC.

Se otorgará la mayor puntuación a la persona que se comprometa a subcontratar un mayor % del presupuesto y al resto de forma proporcional conforme a la siguiente fórmula:

P = (%SUB /%MO) X

dónde:

- *P =Puntuación obtenida*
- *%SUB = (PCS / PL) X 100*
- *PCS = presupuesto que se compromete a subcontratar la persona licitadora*
- *PL = presupuesto de licitación contenido en la propuesta económica.*
- *%MO= %SUB de la oferta que subcontrate el mayor porcentaje.*
- *X= 10.*

En el caso en el que la persona licitadora sea un Centro especial de empleo sin ánimo de lucro o un Centro Especial de Empleo de iniciativa social o una Empresa de Inserción se considerará qué %SUB es 100 y obtendrá 10 puntos".

En coherencia con ello, el apartado J) dispone, a este respecto, que en el Sobre C de las proposiciones *"Debe indicarse el porcentaje del presupuesto del Proyecto de Obra que se compromete a subcontratar a través Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro o Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o Empresas de Inserción.*

La persona licitadora debe indicar además del porcentaje que va a subcontratar, la referencia expresa de las unidades de obra que serán objeto de la subcontratación con los Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro o Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o Empresas de Inserción. Asimismo, deberá aportar el documento que demuestre la existencia del compromiso formal con la/s persona/s subcontratista/s para la ejecución de las unidades de obra que se ha indicado.

En el caso de resultar la persona licitadora adjudicataria, deberá acreditar a NASUVINSA el cumplimiento del presente criterio.

Esta información exclusivamente debe incorporarse en el Sobre C. En el caso de incorporarse en el sobre A y/o B la información relativa a este criterio será motivo de EXCLUSIÓN de la licitación".

Finalmente, también el pliego posibilita la subcontratación una vez formalizado el contrato, pues el apartado Q de las Condiciones Particulares así lo indica, sin realizar consideración adicional alguna.

Así pues, debe advertirse que ninguna limitación contiene el pliego en relación a la imposibilidad de subcontratar determinadas unidades de obra en atención a la especial complejidad técnica que su ejecución reviste y tampoco contempla prevención alguna al respecto, cuando lo cierto es que la apreciación de tal circunstancia es la que motiva la decisión adoptada, pues el informe emitido por la Dirección Facultativa – cuyo objeto es, precisamente, describir las singularidades de la obra y la necesidad de que determinadas partidas sean ejecutadas por empresas que se adecúen a las características concretas del contrato - así lo pone de manifiesto cuando indica que la singularidad de la construcción proyectada, siendo el primer edificio que se construye con estas características en la Comunidad Foral, determina que las partidas constructivas correspondientes a la estructura y fachada de madera, estructura metálica y certificado passivhaus, claramente relevantes en el proyecto, deben ser ejecutadas por mano de obra cualificada que garantice una correcta ejecución de las mismas, y ello para poder alcanzar los objetivos de calidad, durabilidad, seguridad estructural y criterios enérgicos marcados en el proyecto.

De hecho, según consta en el acta de calificación del Sobre C, a la vista de las concretas unidades de obra cuya subcontratación proponen las reclamantes en relación con el criterio social de adjudicación, y entendiendo que afectan a algunas de las unidades que consideran especialmente complejas, es cuando entiende la mesa de contratación imprescindible acreditar la aptitud y medios humanos de que disponen las entidades propuestas como subcontratistas para ejecutar tales partidas, y ello en orden no sólo a valorar el criterio social de adjudicación sino la adecuación técnica global de la oferta presentada. Resultando así que las dudas sobre la aptitud para ejecutar tales partidas surgen en atención a que los subcontratistas propuestos son centros especiales de empleo o empresas de inserción, dadas las peculiaridades inherentes a dichas entidades, pues ninguna referencia a tales circunstancias se realiza, por ejemplo, al regular la solvencia de las personas licitadoras. Así lo afirma la propia entidad contratante en su escrito de alegaciones cuando apunta que *"las subcontratas que*

destacan de otros licitadores no son CEE/EI, sino subcontratistas de obra ordinarios de cuya capacidad técnica no se ha dudado".

De este modo, la razón o motivo que subyace en la decisión adoptada es, como se ha dicho, entender que dichas entidades, por su condición de tales, no ostentan capacidad técnica para la correcta ejecución de las unidades de obra cuya subcontratación proponen las reclamantes y ello, en atención a la especial complejidad que reviste su ejecución que determina la necesidad de su realización por personal cualificado. Introduciendo así, por dicha razón, una limitación a la subcontratación que, sin embargo, el propio pliego posibilita en favor de dichas entidades sin contemplar prevención alguna al respecto. Dicho en otros términos, lo que viene a sostener la entidad contratante es que tales unidades precisan de una capacidad específica para ser ejecutadas correctamente de la que carecen los centros sociales de empleo y empresas de inserción, siendo éste el motivo por el que rechaza su subcontratación.

Siendo esto así, lo cierto es que el artículo 63.2 de la Directiva 2014/24/UE, cuando regula la limitación de la subcontratación en orden a garantizar la correcta ejecución del contrato, posibilita disponer que tales tareas sean ejecutadas directamente por el adjudicatario. Supuesto que difiere del que nos ocupa, pues en este caso, la entidad contratante no entiende que tales unidades deben ser obligatoriamente ejecutadas por el propio licitador admitiendo su subcontratación, si bien no en favor de las entidades sociales anteriormente citadas; supuesto de hecho no contemplado, como tal, en la normativa comunitaria ni en la LFCP. No obstante, entiende este Tribunal que cabría una aplicación analógica de tal disposición al supuesto que nos ocupa, dada la similitud jurídica entre ambos, debiéndose acudir así al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados que no es otro que admitir limitaciones en la subcontratación con la finalidad de garantizar la correcta ejecución del contrato y que, como se ha visto, subyace también en la limitación restringida a los centros sociales en nuestro caso, y, siendo, por tanto también, de aplicación los requisitos formales antes citados referidos a la exigencia de motivación y de su previsión en el pliego regulador.

Así las cosas, y recapitulando, ninguna objeción cabría apreciar en la introducción de limitaciones, cuantitativas o cualitativas, a la subcontratación en orden a asegurar la correcta ejecución del contrato, si bien ello debió preverse en el pliego

regulador y motivarse en el expediente, lo que no ha sucedido; máxime cuando el órgano de contratación ha optado, a través del concreto criterio social recogido, por fomentar la subcontratación de Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro, de iniciativa social o Empresas de inserción. Lo que debió hacer la entidad contratante, conocedora como es obvio de la complejidad técnica de parte de las unidades de obra contempladas en el proyecto, y, por tanto, de que fuera posible que las entidades citadas no pudieran ejecutarlas adecuadamente, es preverlo en el pliego regulador limitando directamente la posibilidad de su subcontratación en la propia descripción del criterio social de adjudicación o, cuando menos, disponer por tal motivo algún tipo de prevención al respecto. No resultando admisible, por tanto, a falta de tal previsión, su establecimiento y aplicación con posterioridad, pues ello supone introducir una modificación en las condiciones que rigen la licitación al margen del procedimiento establecido; amén de no poderse perjudicar al licitador que ha contemplado tal posibilidad en su oferta, por resultar ésta admitida por el propio pliego regulador.

Como es sabido, el Pliegos conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos - por todas Sentencia de Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, 448/2018, de 21 de diciembre -, de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Así pues, aprobado el pliego por la entidad contratante, ésta no puede, ni unilateralmente ni de acuerdo con licitadores o contratista variar su contenido, dado que ello atentaría contra los principios de igualdad, no discriminación y transparencia, que debe presidir cualquier procedimiento de adjudicación.

En definitiva, la entidad contratante es libre, en el momento de elaborar el Pliego, de darle el contenido que considere oportuno, siempre que no sea contrario a la ley, siendo en tal momento, y repetimos de forma motivada, cuando podría caber introducir las limitaciones ahora pretendidas en relación con la subcontratación de determinadas partidas a favor de dichas entidades sociales. Pero una vez el Pliego ha

sido aprobado y se ha publicado la convocatoria de la licitación, el Pliego vincula tanto a la propia entidad como a los licitadores, y lo hace, además, en sus propios términos, pues como como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de septiembre de 2018 *"La discrecionalidad administrativa solo juega con anterioridad a la adjudicación al decidir con libertad de criterio el objeto del contrato, las condiciones administrativas y prescripciones técnicas que han de regir la adjudicación respetando, eso sí, las reglas esenciales que impregnan nuestra normativa sobre contratación administrativa: publicidad, libre concurrencia y transparencia administrativa, pero no ocurre lo mismo en el proceso selectivo en que la administración debe respetar absolutamente las reglas previamente establecidas por ella en los correspondientes pliegos (…)"*.

NOVENO.- Alcanzada la anterior conclusión, procede analizar si la entidad contratante se ha ajustado a la legalidad en la aplicación del criterio social de adjudicación respecto de la oferta formulada por las reclamantes.

El requisito que establece el pliego para otorgar 10 puntos en el criterio de adjudicación debatido es indicar el porcentaje que se va a subcontratar, la referencia expresa de las unidades de obra afectadas y aportar el compromiso formal de las entidades subcontratistas.

De este modo, no consta previsión alguna para que por la Mesa de Contratación se requiera a la persona licitadora la acreditación de la aptitud de los subcontratistas para la ejecución de las correspondientes unidades de obra. Por tanto, si bien lo aconsejable, en atención a la complejidad técnica que revisten tales unidades de obra, hubiera sido, como se ha dicho, introducir alguna prevención al respecto, sin embargo, lo que prevé el pliego y constituye ley del contrato es que bastaba con la aportación de la documentación indicada.

Así pues, en contra de lo sostenido por la entidad contratante, la asignación de los puntos correspondientes a este criterio de adjudicación en modo alguno está vinculada necesariamente a que el subcontratista propuesto acredite capacidad técnica suficiente y adecuada para ejecutar las unidades de obra completas comprometidas, pues el pliego nada exige al respecto; de donde no cabe sino colegir que el requerimiento en

tal sentido efectuado por la mesa de contratación no resulta ajustado a la legalidad, sin que a ello quepa oponer la conducta evasiva de las reclamantes a aportar la documentación requerida, pues en modo alguno puede negárseles la opción de reaccionar frente al requerimiento formulado si lo entendían improcedente.

Llegados a este punto, no podemos obviar que la entidad contratante al redactar el pliego regulador no contempló limitación ni prevención alguna en relación con la subcontratación de centros especiales de empleo y empresas de inserción, lo que pudo dar lugar a que aquellos licitadores que así lo considerasen ofertaran un alto porcentaje de subcontratación a los efectos de intentar obtener el máximo de puntuación en este aspecto; no resultando admisible, frente a tal omisión en el pliego regulador, intentar oponer ahora que son los propios licitadores quienes, de forma diligente, debieron advertir la dificultad técnica que a estos efectos revisten determinadas unidades de obra.

Pero es que además, mucho menos cabe exigir la documentación que a tales efectos se requiere, al amparo de lo dispuesto en el artículo 67.4 de la Directiva 2014/24/UE. Dicho precepto establece que *"Los criterios de adjudicación no tendrán por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada. Garantizarán la posibilidad de una competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, los poderes adjudicadores deberán comprobar de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores*"; facultades de comprobación que distan, y mucho, de requerir la acreditación de determinada solvencia técnica a los centros especiales o empresas de inserción que se propone subcontratar cuando nada prevé el pliego al respecto.

Y no sólo eso, sino que debe advertirse que la documentación a tales efectos requerida no sólo supone introducir ex novo en el pliego la obligación de acreditar tal aptitud técnica sino que se dispone su acreditación por referencia a disponer de experiencia anterior en la ejecución de tales concretas unidades en edificios residenciales de forma análoga a la solvencia técnica exigida a la persona licitadora, cuando no podemos sino reparar en que la solvencia – bien por disponer de experiencia anterior en contratos similares o por disponer de personal y medios técnicos suficientes,

según disponga el pliego - es un requisito de admisión, en la fase previa a la adjudicación, de carácter eliminatorio y no valorativo, de modo que quienes no cumplan los requisitos exigidos son excluidos de la licitación; de ahí que el artículo 17 LFCP refiera la obligación de su acreditación a "quien licite", comprendiéndose, conforme al artículo 18 del mismo cuerpo legal a los subcontratistas cuando quien licite acredite tal requisito mediante la subcontratación, que no es nuestro caso.

Efectivamente, y por más que se señale en el requerimiento formulado la posibilidad de aportar los elementos acreditativos que se consideren convenientes, lo cierto es que se indica que *"orientativa y aproximadamente se considera que el subcontratista tendrá aptitud por referencia a las condiciones técnicas del contrato, cuando, de modo acumulativo, al menos, haya ejecutado y finalizado al menos durante los cinco años inmediatamente anteriores una estructura de madera de nueva ejecución de un edificio residencial de viviendas, que supere un determinado presupuesto, y de un edificio residencial de vivienda de al menos tres alturas – requiriéndose, a estos efectos una acreditación de modo fehaciente y suficiente (no con simples declaraciones propias), sirviendo a tales efectos un certificado de buena ejecución que incluirá las alturas y superficie construida total del edificio ejecutado con estructura de madera suscrito por promotor y dirección (…); que acredite, en igual periodo, el sellado Passivhaus de un edificio de al menos 19 viviendas y de un edificio de al menos tres alturas, que haya obtenido el certificado Passivhaus (expedido por un certificador acreditado o por el PHI); y haber ejecutado al menos 19 puertas de entrada a vivienda certificadas Passiv Haus Institute"*. Estableciéndose así no sólo los medios de acreditación de la aptitud técnica por referencia a uno de los medios de solvencia técnica previstos en el artículo 17 LFCP, sino también el nivel mínimo que a tales efectos se estima idóneo; determinación que, además de improcedente, se antoja, a todas luces, desproporcionada, máxime a la vista de lo novedoso de las características constructivas de la edificación a construir a que se ha hecho referencia.

Tampoco la decisión adoptada encuentra amparo en la afirmación que realiza la entidad contratante en el sentido de que la capacidad técnica no es una cuestión predicable únicamente de los contratistas, pues no nos encontramos ante un supuesto de acreditación de la solvencia por medio de subcontratación en cuyo caso los artículos 107.1 y 18 LFCP y el propio pliego regulador del contrato disponen la acreditación por

parte de los subcontratistas de que disponen de los medios necesarios para la ejecución del contrato; fuera de tales supuestos, en dicha norma jurídica, nada se dice al respecto, lo que determina que su exigencia dependa de su inclusión en el pliego regulador, que, repetimos, no es el caso.

No olvidemos, además, que las reclamantes acreditan su capacidad y solvencia técnica y financiera por si mismas, sin acudir para ello a la de las empresas con las que pretenden suscribir la subcontratación, acuden a la subcontratación como medio para mejorar su oferta sin más; resultando, además, que siendo las licitadoras las únicas responsables de la correcta ejecución del contrato, pues el legislador ha deslindado el ámbito del contrato celebrado entre el órgano de contratación y el contratista del propio de la relación jurídico-privada surgida entre contratista y subcontratista, que vincula exclusivamente al contratista-subcontratante y al subcontratista , y en el ámbito de los dos quedan circunscritos sus efectos, resulta difícil apreciar que, por tal motivo, la oferta resulta técnicamente inviable.

De igual modo, no puede tener favorable acogida la alegación formulada en relación con el hecho de que la información que requiere el pliego sobre los centros a subcontratar tiene por finalidad comprobar su capacidad, pues ello en modo alguno se deduce, siquiera de manera indirecta, de las cláusulas del citado documento contractual. De hecho, la falta de cualquier determinación al respecto ha podido resultar determinante para que los licitadores preparen y formulen sus ofertas en lo que a este criterio de adjudicación se refiere, no siendo de recibo introducir, con posterioridad y una vez finalizado el plazo para la presentación de ofertas, requisitos adicionales que de haber sido conocidos por éstos a buen seguro hubieran influido en la oferta finalmente realizada.

El pliego regulador es, como hemos indicado anteriormente, lex inter partes, por lo que no puede exigirse y mucho menos excluirse a un licitador cuando en aquel no se exige y ni siquiera se menciona, en relación con los subcontratistas ofertados, acreditación de solvencia técnica alguna. De hecho, la subcontratación se incardina dentro de la fase de ejecución del contrato, de ahí que el artículo 107.2 LFCP prevea al respecto la aportación por éstos de una declaración de no encontrarse incurso en causa de exclusión para contratar y de comprometerse a respetar, como mínimo, las

condiciones laborales del convenio colectivo sectorial aplicable. Previendo también el artículo 71 de la Directiva 2014/24/UE que cuando se compruebe que concurren motivos para excluir a algún subcontratista, el poder adjudicador exigirá que el poder operador económico sustituya al operador económico que haya incurrido en causa de exclusión; no disponiendo, en estas circunstancias, la exclusión de la oferta.

Pero es que todavía hay más. La cláusula del pliego correspondiente al criterio de adjudicación controvertido prevé incluso la posibilidad de que la propia persona licitadora ostente la condición de centro social de empleo o de empresa de inserción, en cuyo caso dispone el otorgamiento de la puntuación máxima; previsión que mal se compadece no sólo con la decisión adoptada sino con las razones que subyacen a la misma.

La estimación de la alegación precedente hace innecesario entrar en las alegaciones relativas al hecho de que con las aclaraciones solicitadas el criterio social deja de ser objetivo y supone incluir en la fase de valoración de las ofertas un factor prohibido como es la experiencia y solvencia, si bien, debemos indicar a efectos aclaratorios que, a nuestro juicio, tales circunstancias no concurren pues la acreditación de la solvencia técnica se exige como presupuesto para proceder a la aplicación del criterio de adjudicación controvertido cuya fórmula de valoración no sufre alteración alguna. También a tales efectos, cabe señalar que no se aprecia vulneración del principio de igualdad de trato entre licitadores al no haberse exigido tal justificación de la solvencia de los subcontratistas a otros licitadores, pues no son supuestos idénticos al que nos ocupa en la medida en que o bien, como sucede con el adjudicatario se trata de subcontrataciones indicadas en el Sobre A, o bien, en otros supuestos, no se ven afectadas las mismas unidades de obra; no pudiéndose, finalmente, entender que la actuación de la entidad resulta contraria a sus propios actos, en atención a la imposibilidad de comprobar que, en relación con los otros expedientes de contratación alegados pero cuya aportación al presente procedimiento no se ha interesado, nos encontremos ante situaciones comparables.

Sin perjuicio de la estimación de este motivo de impugnación, interesa advertir, que en ningún caso cabría valorar, como se pretende de manera digamos subsidiaria, únicamente las partidas subcontratadas que no se consideran de especial complejidad

pues ello supondría, como apuntan la entidad contratante y la tercera interesada, una modificación de la oferta toda vez que no pueden eliminarse el resto de las partidas cuya subcontratación proponen las reclamantes sin modificarse ésta.

Así pues, la decisión de exclusión de las reclamantes en base al motivo indicado no resulta, en atención a lo razonado, ajustada a derecho; motivo por el cual la reclamación debe ser estimada, anulándose dicho acto de exclusión y disponiéndose la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior al mismo, continuándose el procedimiento de adjudicación.

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. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don J. S. A. y don F. J. I. M., en nombre y representación de CONSTRUCCIONES MURIAS, S.A. y CONSTRUCCIONES JOSÉ MIGUEL IBÁÑEZ, S.L.U., respectivamente, frente a su exclusión de la licitación del contrato "*Obras de 39 VPO en régimen de alquiler en Parcela p27 Entremutilvas (Valle Aranguren)*" promovido por NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (NASUVINSA), anulando dicho acto administrativo y disponiendo la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior al mismo.

2º. Notificar este acuerdo a CONSTRUCCIONES MURIAS, S.A., a CONSTRUCCIONES JOSÉ MIGUEL IBÁÑEZ, S.L.U., 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, 11 de diciembre de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.