

VOTO PARTICULAR DEL VOCAL DESIGNADO POR LA JUNTA DE CONTRATACIÓN DE NAVARRA

Formulo este voto particular explicativo de mi postura en cuanto al acuerdo adoptado por mayoría sobre la suficiencia de la documentación presentada por la licitadora que ha obtenido la mayor puntuación a efectos de la adjudicación del contrato, y en concreto, acerca de la acreditación de la solvencia técnica.

El Pliego establece que ha de presentarse una relación de obras similares, en estos términos:

Relación de obras ejecutadas en el curso de los últimos cinco años, avalada por certificado de buena ejecución de, al menos, una obra similar (túnel), con importe de ejecución igual o superior a 65.000.000 euros, IVA excluido, donde conste el importe, la fecha y el lugar de ejecución de la obra, con indicación de si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y sí se llevaron normalmente a buen término”

La opinión de la mayoría se caracteriza por:

- La consideración de la obra “Autovía A-23. Tramo alto de Monrepós-Calderaenas” como obra de referencia a efectos de la acreditación de la solvencia técnica, al tenerla como *“obra similar a la del presente contrato”*, en cuanto se *“ajusta al CPV Trabajos en construcción de túneles de carretera”*.
- La evaluación de su importe de ejecución elaborando un presupuesto diferente al manifestado por el licitador en el certificado presentado, considerando que, aunque el importe de la obra es de 87.269.373,88€, ha de atribuirse al túnel *“el importe de unos 77 millones de euros (88% del total)”*, superando así el umbral mínimo de 65.000.000€, establecido en el Pliego.
- La inclusión de la obra en el ámbito temporal previsto en el Pliego (*“obras ejecutadas en el curso de los últimos cinco años”*) por iniciarse el 7 de agosto de 2009 y finalizarse el 2 de mayo de 2019, entendiéndose aplicable el art. 17 LFCP, que habilita a *“los poderes adjudicadores”* para *“tener en cuenta las pruebas de las obras efectuadas en períodos anteriores”*.

En este marco, he de manifestar mi posición discrepante por las razones que a continuación expongo.

No tengo objeción alguna a la toma en consideración de la obra *“Autovía A-23. Tramo alto de Monrepós-Calderaenas”* como obra similar, porque así ha sido considerada por quienes tienen los conocimientos técnicos para apreciarlo así. Parece, además, fuera de toda duda que la obra contempla un túnel y que se ajusta al CPV determinado en el Pliego, más aún si tenemos en cuenta el art. 11 del Reglamento de la Ley de Contratos *(A efectos de determinar la correspondencia entre los trabajos o suministros acreditados y los que constituyen el objeto del contrato, cuando exista clasificación aplicable a este último se atenderá al grupo y subgrupo de clasificación al que pertenecen unos y otros, y en los demás casos a la coincidencia entre los dos primeros dígitos de sus respectivos códigos CPV)*

Sin embargo, no puedo compartir que se venga a alterar el importe de la obra ejecutada manifestado por el licitador en su certificado. De esta manera, si el licitador ha determinado y lo ha hecho bajo su responsabilidad, que la obra del túnel (subgrupo A5) ha ascendido a 51.820.708,04 €, no parece que la Mesa pueda tener por acreditado, y certificado, un importe diferente sin una evaluación que constituya suficiente motivación, dado que se tasa de manera inconcreta (“*en unos 77 millones de euros*”) sin especificar tampoco como se ha llegado a ésta.

La mayoría de la Mesa ha optado por considerar que el concepto túnel, al que el Pliego se refiere, acoge a obras adicionales a las del subgrupo A5, específicamente referido a “Túneles”, lo que, en principio, podría ser aceptable si se hubiera motivado suficientemente. Es decir, al no especificar el Pliego el alcance de la obra de referencia (túnel) podría entenderse, a la luz de los principios de libre concurrencia y fomento de la competencia, que tal objeto, que determina la existencia o no de solvencia técnica, pueda acoger a obras indirectas no propias del túnel, pero necesarias para éste.

Si se ha considerado, como se ha hecho, que había de incluirse en el importe de la obra de referencia (túnel) no sólo el importe del subgrupo A5, sino también otros importes que constan en el certificado, debería solicitarse al licitador que, efectivamente, así lo especificara y motivara. Y, posteriormente, habría de haberse acreditado por la Mesa si el resultado de la subsanación requerida es admisible, o no lo es, a efectos de la acreditación de la solvencia técnica.

Acerca de la inclusión de la obra en el período temporal definido por el Pliego (“*ejecutadas en el curso de los últimos cinco años*”), cabe comenzar diciendo que no comparto la visión de la mayoría, que considera al art. 17 LFCP como habilitante para que la Mesa acepte obras realizadas fuera del mencionado período.

El art. 17 LFCP permite que, “*previa justificación de las circunstancias que así lo aconsejen*”, el poder adjudicador, que no la Mesa, tenga en cuenta obras de períodos anteriores a los cinco años establecidos con carácter general. Es decir, que el Pliego pueda prever como criterio de solvencia técnica la presentación de obras similares realizadas más allá de los cinco años previos.

Esta interpretación es acorde con los antecedentes del precepto, toda vez que, por un lado, la Directiva 2014/24 no establece estos límites concretos (4. *Con respecto a la capacidad técnica y profesional, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos para asegurar que los operadores económicos poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad. Los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado*) y, por otro lado, la LCSP si bien ha reducido con carácter general los plazos, pasando a cinco y tres, precisamente por ello permite ampliarlos atendiendo a las circunstancias concretas de cada licitación.

Así pues, no cabe aceptar la cláusula alegada por la mayoría como habilitante de la ampliación del plazo más allá de los cinco años previstos en el Pliego, toda vez que tal facultad corresponde en exclusiva al poder adjudicador, y no la ha ejercido en este caso, al consignar en aquél exclusivamente el plazo de cinco años.

Descartando la aceptación de obras similares ejecutadas con anterioridad a los últimos cinco años previstos en el Pliego, queda determinar si puede tenerse por incardinada en el supuesto la obra

similar “Autovía A-23. Tramo alto de Monrepós-Calderaenas”, en cuanto, como el certificado expresa, su ejecución fue iniciada en 2010 y terminada en 2019:

El importe sin IVA de estas obras correspondientes al Subgrupo A-5 ha sido de 51.820.708,04 € de los cuales 1.295.737,85 € corresponden al año 2.010, 3.126.818,06 € al 2.011, 5.200.729,65 € al año 2.012, 16.641.304,05 € al año 2.013, 6.931.820,70 € al año 2.015, 16.293.810,27 € al año 2.016, 711.132,35 € al año 2.017, 1.245.817,07 € al año 2.018 y 373.538,04 € al año 2.019.

Concretamente, en el certificado se especifica que la obra “*finalizó el 2 de mayo de 2019*”.

Teniendo en cuenta que el pliego se publicó el 8 de febrero de 2023 y el plazo de presentación de ofertas finalizó el 9 de marzo de 2023, la obra tenida como similar ha de considerarse incurso en el plazo de “*los últimos cinco años*”, si bien, como es evidente, únicamente en cuanto una pequeña parte de su ejecución.

A este respecto, cabe decir que la literalidad de la norma aboga por la inclusión de la obra, toda vez que es indiscutible que ha sido ejecutada en el curso de los últimos cinco años, si bien únicamente durante tres meses de éstos, lo que podría inducir a una doble duda acerca de la inclusión de obras iniciadas con anterioridad y, suplementariamente, acerca de la especial circunstancia concurrente, que no es sino el mínimo lapso temporal que se incluye en el reiterado período de los últimos 5 años.

Si avanzamos en la interpretación de la norma, acudiendo a los criterios del Código Civil (art. 3.1) vemos que la norma persigue acreditar la solvencia mediante los criterios de ejecución similar y cercana en el tiempo, objetivo que ha de combinarse con la aplicación del principio de apertura al mayor número de licitadores posible, como razona la Resolución TACRC 198/2013, de 29 de mayo, citada por la Resolución 612/2013, de 11 de diciembre: “*Pues bien, en tal sentido, es preciso tener en cuenta que en este apartado de la licitación rige la máxima de abrir ésta al mayor número de empresarios posible, evitando, en todo caso, exigencias que puedan resultar restrictivas de la libre concurrencia o discriminatorias. Así se desprende de múltiples preceptos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de modo muy especial de su artículo 1, que menciona como primera libertad a garantizar, la “libertad de acceso a las licitaciones”*”.

De la combinación de ambos principios, búsqueda de la solvencia por obras cercanas en el tiempo y máxima apertura a la competencia, conjugado ello con la ausencia de delimitación expresa acerca de los límites de inicio de una obra ejecutada en el curso de los últimos cinco años, cabe deducir como resultado que no procede la exclusión de la obra planteada como similar como determinante de la solvencia, en cuanto a este aspecto.

En virtud de lo expuesto, considero que, partiendo de la atribución de la condición de obra similar a “Autovía A-23. Tramo alto de Monrepós-Calderaenas”, lo que no me corresponde valorar, habría de tenerse como suficiente a efectos del cumplimiento del requisito referido a ser “*ejecutada en los últimos cinco años*”, pero no debería de haberse admitido el certificado presentado como determinante de la superación del importe establecido en el pliego (65 millones de euros) para una obra similar a la que constituye el objeto del contrato. En mi opinión y teniendo en cuenta la valoración técnica que propugna la atribución a la obra del túnel de importes más allá de los del subgrupo A-5, debería de haberse requerido a la licitadora para que manifestara, y

justificara, si hay partes de la obra que han de tenerse en cuenta para ser añadido su importe al de ejecución de las obras del subgrupo A-5 (túnel).