

Recurso 459/2018**Resolución 172/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 23 de mayo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuestos por la entidad **BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.** contra el acuerdo, de 23 de noviembre de 2018, de la mesa de contratación por el que se declara su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de ayuda a domicilio de las personas residentes en el municipio de Posadas” (Expte. 8836/2018), promovido por el Ayuntamiento de Posadas (Córdoba), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 14 de octubre de 2018, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Con fecha 11 de octubre, fue enviado para su publicación al Diario Oficial de la Unión Europea.



El valor estimado del contrato asciende a 1.787.460,48 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. Mediante acuerdo, de 23 de noviembre de 2018, la mesa de contratación declara la exclusión de la entidad BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L. (en adelante BCM) del procedimiento de licitación citado en el encabezamiento.

CUARTO. El 21 de diciembre de 2018 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad BCM contra el citado acuerdo de exclusión de su proposición. Dicho escrito de recurso fue recibido a través de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Málaga donde tuvo entrada en su registro el 14 de diciembre de 2018.

QUINTO. Por la Secretaría del Tribunal, el 26 de diciembre de 2018, se le da traslado al órgano de contratación del recurso y se le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de empresas licitadoras con los datos necesarios a efectos de notificaciones. Dicha documentación tiene entrada en este Tribunal el 2 de enero de 2019.

SEXTO. Mediante escritos de la Secretaría de este Tribunal de 14 de enero de



2019, se dio traslado del recuso al resto de empresas licitadoras, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose recibido ninguna en el plazo referido.

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el Ayuntamiento de una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 3 de junio de 2014 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Posadas, al amparo del artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra



alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un contrato de servicios con un valor estimado de 1.787.460,48 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el acuerdo de exclusión de la licitación adoptado por la mesa de contratación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) de la LCSP establece que *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción»*.

En el supuesto analizado, el contenido del acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación fue publicado en el perfil de contratante el 23 de noviembre de 2018 y enviado a la entidad ahora recurrente mediante escrito de fecha de registro de salida, 26 de noviembre de 2018, sin que conste en el expediente de contratación la fecha efectiva de remisión. En todo caso, consta en el expediente que aquel le fue notificado con acuse de recibo de 28 de noviembre de 2018, fecha en la que se tiene constancia fehaciente del conocimiento de la posible infracción. Por tanto, el recurso presentado el 21 de diciembre de 2018 en el Registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en el siguiente fundamento de derecho.

La recurrente solicita que, previos los trámites oportunos, se estime el recurso interpuesto y se declare la nulidad del acuerdo de la mesa de contratación que



excluye su proposición del procedimiento de adjudicación, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su exclusión, otorgándole plazo para la subsanación.

Con carácter previo y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación el contenido de las actuaciones realizadas por la mesa de contratación por las que se decide excluir la oferta de la entidad ahora recurrente.

Al respecto, el 23 de noviembre de 2018, se reúne la mesa de contratación para la calificación de los documentos contenidos en el sobre A, de documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, tomando entre otros el siguiente acuerdo: «*BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.*:

La declaración (DEUC) no presenta dato alguno relativo a los criterios de solvencia económica y financiera ni de solvencia técnica o profesional; únicamente se recoge el término “Finalizar”. De conformidad, con lo dispuesto en la Cláusula 25 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la Mesa de Contratación considera que la omisión impide conocer claramente lo que la Administración estima fundamental para considerar la oferta; por ello, no se considera una omisión subsanable.». Dicho acuerdo de exclusión, como se ha expuesto anteriormente, fue publicado en el perfil de contratante y notificado individualmente a BCM.

Contra dicho acuerdo de exclusión la citada entidad BCM interpone el presente recurso fundándolo, en síntesis, en base a los siguientes argumentos:

- A su juicio, la mesa de contratación contaba con medios para contrastar la información por la cual la excluyó, bien a través del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE), o bien, requiriéndole para que acreditara si disponía al tiempo de presentación de su oferta de la solvencia que manifestó ostentar en el documento europeo único de contratación (DEUC). Sin embargo, sin otorgarle trámite de subsanación procedió a su exclusión.



- Que el artículo 141.2 de la LCSP establece un trámite de subsanación por un plazo de tres días para la declaración responsable y demás documentación acreditativa de los requisitos previos, que la mesa no le otorgó considerando, sin mayor explicación, insubsanable la omisión que, según su criterio, padecía la documentación contenida en el sobre A.

- En apoyo de sus alegatos anteriores hace referencia al principio antiformalista, con mención de la Resolución 279/2018, de 10 de octubre, de este Tribunal y determinada doctrina del Tribunal Supremo así como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso se opone al mismo manifestando que la mesa consideró el defecto como no subsanable por los siguientes motivos:

«-La exigencia de presentar volumen anual de negocios o seguro de responsabilidad civil en relación a la solvencia económica y financiera estaba claramente recogida tanto en el PCAP como en el anuncio de licitación, especificándose en este último que se acreditará mediante la presentación en el DEUC.

-Que en el apartado relativo a estructura del formulario normalizado del DEUC recogido en el PCAP (manual que se recoge en la propia sede web del DEUC) recoge tal y como señala la empresa como argumento “el órgano de contratación PUEDE decidir limitar la información requerida sobre los criterios de selección a la pregunta de si los licitadores cumplen o no todos los criterios de selección necesarios”. En este caso el órgano decidió limitar la información únicamente a dos criterios de solvencia económica (volumen anual de negocios o seguro de responsabilidad) y otros dos de solvencia técnica o profesional, sin embargo, la empresa excluida decidió unilateralmente limitarlo más aún de tal forma que la mesa no podía conocer ninguno de estos criterios referidos a la solvencia económica o profesional.

-La cláusula 25 del PCAP recoge que “No se aceptarán aquellas proposiciones que: Tengan (...) omisiones (...) que impidan conocer claramente lo que la Administración estime fundamental para considerar la oferta.” Siendo el contrato de mayor importancia en el municipio de Posadas tanto por importe como por el objeto del



contrato (un servicio esencial como el de Ayuda a domicilio) se reiteró a lo largo del procedimiento la importancia de la solvencia, llegando incluso a procederse a la exclusión de la empresa Castreña S.L. por no cumplir dichos requisitos de solvencia. La Mesa de Contratación en aplicación de criterios de igualdad de trato a licitadores procedió a excluir a B.C.M. S.L. ya que la omisión no permitía conocer si cumplía un criterio de especial trascendencia.

-El DEUC presentado en la Plataforma de Contratación del Estado a través de archivo xml recogía claramente que los apartados de solvencia que debían cumplimentarse (...) decidiendo la empresa recurrente obviarlos de forma unilateral, al contrario que el resto de licitadores que cumplimentaron correctamente el documento propuesto.».

SEXTO. Vistas la alegaciones de las partes procede analizar el fondo de la controversia. Al respecto, la cuestión a dilucidar es si la actuación de la mesa de contratación al excluir a la ahora recurrente, sin contrastar previamente la información por la cual la excluyó a través del ROLECE, o bien, sin haberle concedido plazo de subsanación de defectos u omisiones, debe estimarse adecuada en orden a entender cumplidas las exigencias legales y del propio pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

En primer lugar, respecto al alegato de la recurrente en el que señala que la mesa de contratación antes de excluirla debió haberle concedido plazo de subsanación de defectos u omisiones, este Tribunal, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la Sentencia de 6 de julio de 2004) y con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entre otras, en las Resoluciones 128/2011 de 27 de abril, 184/2011 de 13 de julio y 61/2013 de 6 de febrero), se ha pronunciado en varias ocasiones (entre otras muchas, en las Resoluciones 31/2013 de 25 de marzo, 123/2014 de 20 de mayo, 420/2015, de 10 de diciembre, 174/2016, de 27 de julio y 230/2017, de 3 de noviembre) sobre el carácter subsanable de los defectos u omisiones de la documentación general acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que las entidades licitadoras tienen que aportar en los procedimientos de contratación, ex artículos 140 y 141 de la LCSP, consolidando una doctrina



favorable a la subsanación de los defectos formales en dicha documentación pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible.

En efecto, los defectos u omisiones que afectan a la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos del artículo 140 de la LCSP, entre ellos los que se refieren a la documentación acreditativa de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, según la tradicional concepción de los mismos, son esencialmente subsanables (v.g. Resolución 305/2018, de 31 de octubre).

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que a la vista del criterio jurisprudencial consolidado por el Tribunal Supremo en la citada Sentencia, de 6 de julio de 2004, dictada en casación para unificación de doctrina -Recurso 265/2003-, una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados actualmente en el artículo 1 de la LCSP, la libre concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (doctrina recogida en las Resoluciones de este Tribunal, entre otras, en la 38/2014, de 3 de marzo, 99/2016, de 13 de mayo, 22/2017, de 27 de enero, 309/2018, de 9 de noviembre y 72/2019, de 14 de marzo).

Por último ha de hacerse referencia al principio de proporcionalidad asentado por la jurisprudencia comunitaria -Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08)- y elevado a rango de principio de la contratación en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, que exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos



perseguidos (v.g. Resoluciones de este Tribunal 323/2016, de 15 de diciembre y 9/2019, de 17 de enero, entre otras). Asimismo, el principio resulta de alcance legal en la nueva LCSP, toda vez que el artículo 132 de la misma dispone que *«Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad»*.

En el supuesto examinado, este Tribunal no puede desconocer los motivos alegados por el órgano de contratación por los que la mesa no consideró subsanables los defectos y omisiones en los que, según su juicio, incurrió la entidad ahora recurrente. Sin embargo, aun cuando la entidad BCM hubiese incurrido en error u omisión en la confección del DEUC, tampoco puede desconocer este Órgano que conforme a la doctrina y jurisprudencia expuesta ello no era motivo suficiente para excluir a la empresa ahora recurrente, por no acreditar la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, sin al menos haberle dado la oportunidad de subsanar el defecto cometido.

En efecto, partiendo como se ha visto de la premisa de que los defectos u omisiones que afectan a la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos del artículo 140 de la LCSP son esencialmente subsanables, y teniendo en cuenta que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario al principio de la libre concurrencia, así como que por el principio de proporcionalidad los actos de los poderes adjudicadores no deben rebasar los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, es por lo que la mesa de contratación con carácter previo a la exclusión de la entidad BCM debió haberle requerido para que subsanara el defecto observado.

Por último, y a mayor abundamiento, en relación al alegato de la recurrente en el que manifiesta que la mesa de contratación contaba con medios para contrastar la información por la cual la excluyó a través de ROLECE, ha de



ponerse de manifiesto lo establecido al respecto en el párrafo segundo del artículo 140.2 de la LCSP que dispone que cuando el empresario está inscrito, por ejemplo, en el ROLECE y el acceso al mismo sea gratuito para la mesa o el órgano de contratación, aquel no estará obligado a presentar los documentos justificativos u otra prueba documental de los datos inscritos en el referido lugar.

En consecuencia, en base a la consideraciones expuestas, procede estimar el recurso interpuesto.

La corrección de la infracción legal cometida ha de llevarse a cabo anulando el acuerdo de la mesa de contratación, de 23 de noviembre de 2018, de exclusión de la proposición de BCM, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado, para que por la mesa de contratación se conceda a la ahora recurrente, previo requerimiento de los concretos defectos u omisiones relativos a la solvencia, la oportunidad de corregirlos, con continuación en su caso del procedimiento de adjudicación, conservando la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.** contra el acuerdo, de 23 de noviembre de 2018, de la mesa de contratación por el que se declara su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de ayuda a domicilio de las personas residentes en el municipio de Posadas” (Expte. 8836/2018), promovido por el Ayuntamiento de Posadas (Córdoba) y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.



SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

TERCERO. Notificar la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

