

Recurso 150/2019**Resolución 336/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 18 de octubre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MERSA, MAQUINARIA Y EQUIPAMIENTO PROFESIONAL DE LIMPIEZA, S.L. (MERSA)**, contra el Acta de la mesa de contratación, de 5 de abril de 2019, por la que se la excluye del procedimiento de licitación del contrato denominado “Adquisición de una máquina barredora nueva con el fin de lograr una mejora en la ejecución del servicio público de limpieza viaria en la localidad de Mancha Real (Jaén)” (Expte. 3221/2018), promovido por el Ayuntamiento de Mancha Real, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. Con fecha 27 de febrero de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del expediente de contratación indicado en el encabezamiento de esta resolución.



El valor estimado del contrato asciende a 106.500 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 citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. Con fecha 18 de marzo de 2019, la mesa de contratación propone a la mercantil MERSA MAQUINARIA Y ÚTILES DE LIMPIEZA, S.L. (en adelante MERSA) para la adjudicación del contrato de suministro “Adquisición de máquina barredora”.

Con fecha 22 de marzo de 2019, se dicta Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Mancha Real por el que se acepta la propuesta de adjudicación de la mesa y se ordena requerir a MERSA para que presente la documentación justificativa que se indica en el apartado 2, del artículo 150 de la LCSP.

Con fecha 27 de marzo de 2019, la licitadora GUILLERMO GARCÍA MUÑOZ, S.L. (en adelante GGM), que ha quedado en segundo lugar, presenta escrito ante el Ayuntamiento mediante el cual solicita que se compruebe que la máquina ofertada por MERSA cumple con los requisitos del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT).

Con fecha 5 de abril de 2019, la mesa de contratación adopta la decisión, entre



otras, de excluir de la licitación a la oferta presentada por MERSA. Se da publicidad a la correspondiente acta en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, con fecha 10 de abril de 2019.

CUARTO. Con fecha 17 de abril de 2019, MERSA presentó ante el órgano de contratación, escrito de recurso especial contra la mencionada Acta de la mesa de contratación de 5 de abril de 2019. Posteriormente, con fecha 23 de abril del presente año, el órgano de contratación da traslado a este Tribunal de dicho recurso, del expediente administrativo y del correspondiente informe.

QUINTO. Por Resolución, de 30 de abril de 2019, este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente.

SEXTO. Con fecha 7 de mayo de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Con fecha 14 de mayo de 2019, la empresa GGM, -única licitadora, junto con la recurrente, y que ha resultado adjudicataria-, presenta escrito de alegaciones en el que rebate los argumentos del recurso y solicita a este Tribunal que lo desestime.

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido con carácter general 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 una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 26 de agosto de 2013 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Mancha Real, 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 en el artículo 44 de la LCSP.

En este sentido, el recurso se interpone contra la decisión de exclusión adoptada por la mesa de contratación, en la tramitación de un contrato de suministro, cuyo valor estimado asciende a 106.500 euros, convocado por una Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el 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 se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, 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, aún no constando en el expediente la notificación del acto de exclusión a la recurrente, el acta de la mesa de contratación en la que consta la decisión de exclusión ha sido publicada en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público con fecha 10 de abril de 2019 y el recurso ha sido presentado en el registro de entrada del órgano de contratación con fecha 17 de abril del presente año, por lo que ha sido interpuesto en el plazo de quince días hábiles establecido en el citado artículo 50 de la LCSP.

QUINTO. Verificado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión, procede el examen de las cuestiones planteadas.

La mesa de contratación, en su sesión de 18 de marzo de 2019, y tras el análisis de la documentación presentada por las dos licitadoras que concurren a este procedimiento, adopta la decisión de proponer a la entidad MERSA para la adjudicación del contrato de suministro consistente en la adquisición de una máquina barredora. Propuesta que es aceptada por el órgano de contratación, según se constata en el Decreto de la Alcaldía de 22 de marzo de 2019, y se ordena requerir la documentación correspondiente a la referida entidad.

Asimismo, con fecha 27 de marzo de 2019, la licitadora GGM, que ha quedado en segundo lugar, presenta escrito ante el Ayuntamiento mediante el cual solicita que se compruebe que la máquina ofertada por MERSA cumple con los requisitos del PPT.

Tras el análisis de la documentación presentada por MERSA y de las características de la máquina ofertada por dicha entidad, la mesa de contratación, en fecha 5 de abril de 2019, adopta la decisión de excluir de la



licitación a la oferta presentada por MERSA -decisión combatida en el presente recurso-, al no haber acreditado estar en posesión de la adecuada solvencia técnica o profesional, además de que, a la vista de las descripciones y fotografías del producto a suministrar, se constata que éste no se adecúa a las prescripciones técnicas que rigen la licitación al no cumplir con algunas de las características mínimas establecidas en los pliegos

Disconforme con la decisión de exclusión adoptada por la mesa de contratación, la hoy recurrente presenta recurso especial en materia de contratación contra el referido acto. Solicitando en su escrito: a) que se declare la invalidez y nulidad del acto de exclusión; b) que se reintegre a la recurrente en la posición de mejor oferta y entidad propuesta como adjudicataria; y c) que, subsidiariamente, se declare la nulidad de la convocatoria y tramitación del expediente.

En particular, centra sus argumentos en las siguientes alegaciones:

1. Argumenta que está en posesión de la solvencia técnica exigida en los pliegos y que, en caso de error en la documentación presentada, que se le conceda plazo de subsanación si fuera preciso.

2. En cuanto a los requisitos del suministro:

a) Sostiene la nulidad del contenido del acta y de los motivos que la sustentan; considera que algunos de los requisitos exigidos en el PPT son de cumplimiento imposible, refiriéndose en concreto a la exigencia de que la máquina objeto del suministro debe cumplir, en materia medioambiental, con la norma Euro 5. A partir de 2014, continúa la recurrente, la exigida por la normativa europea es la Euro 6.

b) Discute las observaciones realizadas en el informe técnico relativas a las características de la máquina ofertada e intenta justificar las diferencias



existentes con los requisitos exigidos por los pliegos, para defender que la máquina que propone tiene mejores prestaciones.

3. Afirma que el procedimiento seguido no ha contado con la debida transparencia.

Por su parte, el órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, emite su informe en el que rebate los alegatos esgrimidos por la recurrente y justifica la decisión adoptada.

Asimismo, la entidad GGM, como nueva adjudicataria, en su escrito de alegaciones combate los argumentos de la recurrente y solicita a este Tribunal la desestimación del citado recurso.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes en el anterior fundamento jurídico, procede su examen:

En cuanto al primer alegato, relativo a la disconformidad con la decisión de la mesa de contratación de exclusión por falta de solvencia técnica, la recurrente sostiene que:

“El anuncio de licitación y los pliegos del contrato disponen, reproduciendo el enunciado del Art. 89.3 LCSP, que la acreditación de la solvencia técnica se efectuará mediante la relación de los principales suministros efectuados, en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato. Esto se supera por MERSA con creces, conforme a los siguientes números:

- El precio del contrato es de 128.865 € (106.500 + IVA)
- El 70% de su anualidad media es $128.865 \times 70\% = 90.205,50$ € (74.550 + IVA)
- MERSA realizó suministros en 2018 por 98.400,96 € (81.323 + IVA)
- MERSA realizó suministros (2) en 2017 por importe total de 140.332,92 € (115.977,61 + IVA)



- MERSA realizó suministros (3) en 2016 por importe total de 79.293,26 € (79.293,26 + IVA)

Es palmario que tanto en 2016, 2017 como en 2018 MERSA ejecutó suministros de similar naturaleza en importe anual superior al 70% del precio del contrato objeto de este concurso, por lo que el motivo de exclusión aducido por la Mesa debe declararse nulo o anulable por error manifiesto”.

Por su parte, el PCAP establece:

“Solvencia técnica o profesional. Los criterios de selección basados en los medios de acreditar la solvencia técnica o profesional, incluyendo sus requisitos mínimos, será el cumplimiento de uno o varios de los medios siguientes:

- a) Relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.*
- b) Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante.*
- c) Certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad de productos perfectamente detallada mediante referencias a determinadas especificaciones o normas”.*

Pues bien, teniendo en cuenta que el PCAP ha establecido los medios a través de los cuales es posible acreditar la solvencia técnica o profesional, pero no ha definido los valores mínimos exigidos en cada uno de ellos, hay que estar -tal como apunta el órgano de contratación- a lo preceptuado en el artículo 89.3 de la LCSP que dispone que “*En el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos y, en su caso, de las*



normas o especificaciones técnicas respecto de las que se acreditará la conformidad de los productos. En su defecto, la acreditación de la solvencia técnica se efectuará mediante la relación de los principales suministros efectuados, en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato”.

Por lo tanto, el valor mínimo exigido en el presente procedimiento de licitación para acreditación de la solvencia técnica o profesional, al no haber dispuesto otra cosa el PCAP, no es el 70% del precio del contrato -como sostiene erróneamente la recurrente en su argumentación- sino el 70 por ciento de la anualidad media del contrato, tal como establece el artículo 89.3 de la LCSP anteriormente citado. Que, calculado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36.6 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -que aún cuando está previsto para el contrato de obras, es de aplicación en nuestro supuesto al establecer el modo de hallar la anualidad media del contrato- queda fijado en 894.600 euros, sin IVA, valor mínimo que no alcanza la recurrente con la documentación aportada.

Además de ello, la recurrente plantea que la mesa debió, en su caso, requerirle la oportuna subsanación; en este sentido 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).

Todo ello nos conduce a concluir que procedería estimar el recurso en cuanto a este primer alegato, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su exclusión, a fin de que la mesa de contratación le otorgue plazo para la subsanación. Todo sin perjuicio de lo que se dirá en el fundamento de derecho siguiente.

SÉPTIMO. En su segundo alegato, referido a los requisitos del suministro, la recurrente plantea dos cuestiones, la primera, relativa al cumplimiento de la norma Euro 5 en materia medioambiental y, la segunda, relativa a las observaciones realizadas en el informe técnico en cuanto a las características del suministro.

En cuanto al cumplimiento de la norma Euro 5, dice la recurrente que es de imposible cumplimiento, concretamente expone *“el pliego de condiciones saca a licitación una “máquina barredora NUEVA” exigiendo como detalle técnico que cumplan con la Norma EURO 5 en materia de contaminación, siendo que tal exigencia es de imposible cumplimiento pues desde el año 2014 la norma vigente en la materia es la (FASE IV) EURO 6 -Directiva 627/2014/CE- y, virtud a ella y a la posterior Directiva 1628/2016/CE, a partir de Enero de 2017 no se pueden matricular vehículos que no cumplan dicha Norma de homologación, por lo que resulta imposible para el adjudicatario del concurso entregar una máquina de tales características, ello a menos que se entregara una máquina ya matriculada y que, por tanto NO SERÍA “NUEVA” como exige el Pliego.”*



Por su parte el informe del servicio técnico municipal dice *“Efectivamente el Pliego de Prescripciones Técnicas recoge que el motor de la maquinaria debe cumplir con la normativa europea sobre emisiones contaminantes EURO 5, y la empresa MERSA, oferta una maquina cuyo motor cumple con la normativa europea EURO 6, entendiendo este Servicio Técnico que es una normativa superior a la recogida en el Pliego de Prescripciones Técnicas, no se dice nada en el informe técnico que se presenta a la Mesa de Contratación para verificar el cumplimiento de las especificaciones de la máquina ofertada por MERSA”*.

Este Tribunal no entra a mayor análisis de la cuestión, pues, como hemos podido comprobar, no ha sido considerada por el órgano de contratación como incumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos. Por lo tanto, procede desestimar esta primera parte del segundo alegato.

En cuanto a la segunda cuestión de este segundo alegato, referido a las características de la máquina propuesta frente a los requisitos exigidos en los pliegos, la recurrente analiza cada observación expuesta en el informe del servicio técnico municipal, admite que no cumple con determinadas exigencias del pliego pero defiende que, aún así, la máquina es apropiada para el uso previsto.

En este sentido, el PPT establece en su punto segundo *“Las características que deberá tener la máquina barredora deberán ser aproximadamente las siguientes (...)”* y a través de valores máximos o mínimos va estableciendo las características de la misma; de acuerdo con ello, el informe del servicio técnico indica que no se ha realizado observación alguna en los supuestos en los que la diferencia observada no ha supuesto un detrimento sino una mejora con respecto a lo exigido; pero, sin embargo, cuando las diferencias observadas han incidido negativamente en la calidad del suministro pues sí se han tenido en cuenta. Así, según el referido informe, las características de la máquina se encuentran por debajo de las exigencias del PPT en cuanto a: la dirección del eje delantero; la turbina de alta potencia; el material del depósito del agua; y la potencia del motor.



A la vista de lo expuesto, se evidencia que el informe técnico contiene motivación adecuada de las carencias de la máquina ofertada, lo que también reconoce la recurrente cuando afirma que su proposición no cumple con el cien por ciento de las exigencias del pliego. Ello determina que el alegato de la recurrente frente a su exclusión por tales incumplimientos no pueda prosperar.

El artículo 139, punto 1, de la LCSP dispone *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (...)”*. En esta línea se ha pronunciado el Tribunal de Justicia Europeo, al indicar que por aplicación del principio de igualdad de trato, deben excluirse las ofertas que se separen del pliego en una cláusula fundamental (Sentencia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, C-243/89)

Por todo ello, procede desestimar el recurso en cuanto a este tercer alegato.

En cuanto al tercer alegato, referido a la falta de transparencia, la recurrente afirma que *“Hay detalles a lo largo del Expediente que denotan que el mismo no ha sido tramitado con la debida transparencia y concurrencia competitivas, dicho sea con el debido respeto, todo lo cual ha desembocado en una injusta exclusión de la entidad MERSA de la licitación”* y se refiere al Decreto de la Alcaldía, de fecha 22 de marzo de 2019, que basándose en la propuesta de adjudicación realizada por la mesa de contratación en su sesión de fecha 18 de marzo de 2019, ordenaba requerir la documentación correspondiente a MERSA. En definitiva, no aporta ningún argumento jurídico concreto que avale su afirmación de falta de transparencia, pues el hecho de que la mesa hiciera una primera propuesta de adjudicación que, posteriormente, decae como consecuencia de la falta de solvencia técnica y profesional de la entidad, además de que, a la vista de las descripciones y fotografías del producto a suministrar, se constata que éste no se adecuaba a las prescripciones técnicas que rigen la licitación al no cumplir con algunas de las características mínimas establecidas en los pliegos, no conculca el principio de transparencia exigible en el procedimiento de licitación. Tal



proceder determina que el recurso analizado, en cuanto a este tercer alegato, carezca de la fundamentación necesaria, dejando al Tribunal no solo la decisión de la controversia, sino la construcción del argumento sobre el que debe asentarse la misma, sin que la parte haya argumentado suficientemente su propia postura, ni acreditado, en definitiva, la falta de transparencia del procedimiento. Por lo tanto, procede la desestimación del recurso, en cuanto a la falta de transparencia por ausencia de argumentación jurídica de la recurrente. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 226/2018.

Todo ello nos conduce a concluir que, aun cuando este Tribunal ha expresado ut supra, en el fundamento de derecho sexto, la procedencia de la estimación del presente recurso en cuanto a la subsanación de la documentación relativa a la solvencia técnica, pierde sentido dicha consideración en tanto la oferta de la recurrente ha quedado excluida por el órgano de contratación, conforme a derecho, por no ajustarse a los requisitos del PPT.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MERSA, MAQUINARIA Y EQUIPAMIENTO PROFESIONAL DE LIMPIEZA, S.L. (MERSA)**, contra el Acta de la mesa de contratación, de 5 de abril de 2019, por la que se la excluye del procedimiento de licitación del contrato denominado “Adquisición de una máquina barredora nueva con el fin de lograr una mejora en la ejecución del servicio público de limpieza viaria en la localidad de Mancha Real (Jaén)” (Expte. 3221/2018), promovido por el Ayuntamiento de Mancha Real.



SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordada por Resolución de este Tribunal de 30 de abril de 2019.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes 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.

