

Recurso 409/2019

Resolución 177/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 1 de junio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FEPAMIC SERVICIOS PARA PERSONAS DEPENDIENTES S.L.U.**, contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 2 de octubre de 2019 por el que se la excluye del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de Catering de los Centros e Instalaciones dependientes de FAISEM en la provincia de Córdoba” (Expte. 2/2019), convocado por la Fundación Pública Andaluza para la Integración Social de Personas con Enfermedad Mental, organismo adscrito a la Consejería de Salud y Familias, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 14 de junio de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, con fecha 18 de junio de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 2.353.104,00 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, 2 de octubre de 2019, la mesa de contratación acordó excluir a la entidad recurrente al no acreditar los requisitos de solvencia técnica exigidos. El acuerdo de exclusión fue remitido a la entidad recurrente mediante oficio con registro de salida de 3 de octubre de 2019, siendo notificado, según manifiesta la recurrente en su escrito de recurso, con fecha 3 de octubre de 2019.

CUARTO. Con fecha 24 de octubre de 2019, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad FEPAMIC SERVICIOS PARA PERSONAS DEPENDIENTES S.L.U., (en adelante FEPAMIC) contra el citado acuerdo de la mesa de contratación, de fecha 2 de octubre de 2019, solicitando la adopción de medida cautelar de suspensión.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 25 de octubre de 2019, se da traslado al órgano de contratación del recurso y se le requiere el preceptivo informe sobre el mismo, el expediente de contratación, las alegaciones a la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente, así como el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación solicitada tiene entrada en el Registro Electrónico General de la Junta de Andalucía con fecha 31 de octubre de 2019.

SEXTO. Por Resolución, de 7 de noviembre de 2019, este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente.



SÉPTIMO. Con fecha 19 de noviembre de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso al otro licitador interesado en el procedimiento -PROAZIMUT S.L.- concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado, previa vista de expediente celebrada el 11 de diciembre, en el plazo concedido para ello.

OCTAVO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

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.

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. Respecto al acto recurrido, el mismo es susceptible de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 b), de la LCSP, por cuanto ha sido interpuesto contra el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y cuyo valor estimado asciende a 2.353.104,00 euros.



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, el acuerdo de exclusión se adopta con fecha 2 de octubre de 2019, si bien en su escrito de recurso manifiesta que le ha sido notificado con fecha 3 de octubre de 2019, constando en el expediente escrito de notificación con registro de salida de fecha 3 de octubre de 2019. Por tanto, aun cuando tuviésemos en cuenta esta fecha, el recurso especial presentado el 24 de octubre de 2019 en el registro de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado de conformidad con el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Procede a continuación exponer los motivos del recurso. Como se ha señalado, el recurso tiene por objeto el acto de exclusión de la entidad recurrente propuesta como adjudicataria como consecuencia de no haber acreditado disponer de un específico requisito de solvencia técnica necesario para contratar con la entidad convocante de la licitación: contar en plantilla de forma estable con al menos un 45% de personas con discapacidad derivada de enfermedad mental del total de discapacitados de la empresa, con una antigüedad mínima de un año cada uno de ellos.

El recurso se fundamenta en considerar que ha existido un error material en la valoración de los medios documentales solicitados por la mesa de contratación para la acreditación de la solvencia técnica y profesional, alegación que desarrolla en cuatro motivos. En primer lugar, considera que el requerimiento de documentación que se le hizo no fue correcto, al ser incompleto, impidiéndole aportar pruebas de medidas equivalentes, como admite la LCSP y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 906/2018, de 5 de octubre, siendo admisibles otros medios de acreditación como los informes de los servicios de ajuste personal y social, certificados de discapacidad de los trabajadores o resoluciones de subvenciones vinculadas a servicios de ajuste personal y social. Al ser incompleto el requerimiento se le impidió acreditar pormenorizadamente que cumplía el requisito de solvencia: 45% de personas con discapacidad derivada de enfermedad mental del total de trabajadores discapacitados de la empresa. En



segundo lugar, alega, frente al primer motivo de exclusión, que la entidad es un Centro Especial de Empleo. En tercer lugar, sostiene que cumple el requisito de la solvencia antes citado, para lo cual realiza el cálculo de la plantilla de referencia, del 45%, y considera acreditado que la cuota obtenida es ocupada por personas con discapacidad derivada de enfermedad mental con una antigüedad mínima de un año para cada uno de ellos. Alega en cuarto lugar y como último motivo, la inobservancia de los principios de buena fe y prudencia, ya que si al realizar los cálculos se detecta por la mesa que el porcentaje de personas con discapacidad difiere tanto del que realmente debe ser, debería haberse planteado solicitar subsanación, en la que hubiera acreditado que sí es un centro especial de empleo y que cumple con los porcentajes. Por todo ello solicita que se anule el acuerdo de exclusión de su oferta, por no ser conforme a derecho, y que se continúe el procedimiento, y que se le adjudique el contrato.

El órgano de contratación en su informe al recurso sostiene que para acreditar la solvencia técnica y como documentación previa a la adjudicación, se le solicitó que aportara los TC2 del último mes, así como IDC (Informe de Datos para la Cotización-Trabajadores por cuenta ajena) de los trabajadores con discapacidad de la plantilla. Señala que esta documentación fue enviada por la entidad sin poner ningún reparo, cuando en el recurso objeta que el requerimiento de documentación fue no correcto e incompleto, lo que a su juicio pone en duda la capacidad y discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

Tras el análisis y valoración de la documentación, continúa el informe, se consideró que no resultaba acreditado el cumplimiento de la solvencia técnica relacionado con la composición de la plantilla, a pesar de haber sido objeto de la declaración responsable. En concreto se observó:

1. En relación con los 47 trabajadores con discapacidad de los que remitieron los IDC, se apreciaba que tres de ellos no cuentan con contrato vigente, habiendo finalizado los mismos en los meses de junio y julio de 2019, comprobándose tal circunstancia en los TC2 del mes de agosto, y seis de ellos tienen una antigüedad inferior a 1 año.
2. El número de personas trabajadoras con discapacidad por enfermedad mental que acreditó la recurrente fue de 9 lo que supondría un 8,82%, sobre los 102 trabajadores con discapacidad que debiera tener, y un 19,15% sobre los 47 que manifiesta tener, en ambos casos una cifra considerablemente inferior al 45% exigido.



Por ello se procedió a la exclusión. Añade que en la valoración de la documentación presentada no se observó error ni deficiencia alguna que pudiera arrojar alguna duda y que pudiera considerarse subsanable, ya que presentó toda la documentación en tiempo y forma; que se comprobó y verificó que el porcentaje de personas discapacitadas derivada de enfermedad mental quedaba muy lejos del exigido, y que claramente no cumplía con uno de los requisitos de solvencia, lo que es motivo de exclusión, sin que cupiera la posibilidad de subsanar. Alega que el propio recurrente advierte que *“existió un descuido a la hora de traspasar la documentación”*, reconociendo de forma expresa que no acreditó la solvencia en la forma y momento oportunos, solvencia que trata de demostrar con sus propias reglas, utilizando unos métodos de dudosa capacidad probatoria y con una documentación que en ningún caso es la requerida por el órgano de contratación. Añade que si cumpliera el requisito de solvencia, no alcanza a comprender por qué no lo acreditó en el momento procesal oportuno; y que aunque en el escrito de comunicación de la exclusión se cita expresamente que *“hay elementos para considerar que no se cumple la normativa para la consideración de Centro Especial de Empleo”* no es este el motivo de la exclusión, y así se le hace saber, por lo que el informe al recurso obvia cualquier referencia de ese asunto. En consecuencia, concluye en que debe desestimarse el recurso.

PROAZIMUT S.L. presenta alegaciones, señalando que se trata de un contrato reservado a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la LCSP (cláusula 2 del pliego); que ha visto limitado su derecho en la medida en que por la declaración de confidencialidad del órgano de contratación no ha podido acceder a la única documentación que permite contrastar si cumple el requisito de solvencia, lo que le ha generado indefensión; que el requerimiento de documentación de la mesa de contratación fue ajustado a derecho, sin que pueda, por vía de recurso, admitirse la acreditación de la solvencia técnica; y subsidiariamente, que la documentación aportada con el recurso no acredita su cumplimiento.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes en el anterior fundamento jurídico, procede su examen. Interesa reproducir antes que nada aquellos extremos del pliego de cláusulas administrativas particulares relevantes para el supuesto que estamos enjuiciando.

La cláusula 8.2. del PCAP relativa a la solvencia técnica establece que para la ejecución del contrato y poder participar en la licitación se exige, entre otros requisitos:



“Declaración sobre la plantilla media anual de trabajadores. La empresa deberá contar en plantilla de forma estable con al menos un 45% de personas con discapacidad derivada de enfermedad mental del total de discapacitados de la empresa con una antigüedad mínima de un año cada uno de ellos. **Medio de acreditación:** Declaración responsable firmada por el apoderado de la persona licitadora.

(...)

Los criterios de solvencia técnica y económica sólo deberán ser acreditados documentalmente por el licitador en el que recaiga la propuesta de adjudicación”.

La cláusula 13. Documentación a aportar por las empresas ofertantes, en su apartado 13.1., Sobre 1, Capacidad para contratar y solvencia técnica y financiera, establece:

“Los requisitos que han de cumplir todos los licitadores, cuya concurrencia se declara mediante el DEUC, deberán ser acreditados únicamente por el licitador en quien recaiga la propuesta de adjudicación aportando la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de capacidad y de solvencia.

El órgano de contratación, para garantizar el buen fin del procedimiento, podrá requerir a los licitadores, antes de acordar la propuesta de adjudicación, que aporten la documentación acreditativa de los requisitos previos”.

La cláusula 15, Adjudicación y formalización del contrato, d) Documentación acreditativa de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos, señala:

“Las circunstancias establecidas en las letras a), b) y c) anteriores (se refiere a las obligaciones tributarias, con la Seguridad Social y al Impuesto sobre actividades económicas) podrán también acreditarse mediante la aportación del certificado actualizado expedido por el Registro de Licitadores que acredite los anteriores extremos.

FAISEM podrá requerir cualquier otra documentación que considere necesaria para acreditar los datos y circunstancias expresados por el licitador en la formulación de la oferta.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad”.

Respecto de la tramitación del procedimiento, el órgano de contratación, en su informe señala que en el DEUC presentado por la empresa no se hacía referencia expresa al cumplimiento del requisito de solvencia técnica en cuestión, exigido en la cláusula 8.2 del PCAP, por lo que la mesa, en aplicación del artículo



141.2 de la LCSP consideró que era un defecto subsanable, concediendo un plazo máximo de tres días para que el licitador acreditase dicho cumplimiento mediante declaración responsable, *“sin perjuicio que en caso de resultar propuesto como adjudicatario se le requiera en un momento posterior para que aporte la documentación acreditativa que proceda”*, según consta en la comunicación enviada. El licitador mandó dicha declaración responsable, continuando el procedimiento.

Pues bien, la controversia versa sobre si la entidad licitadora cumple con el requisito de solvencia técnica exigido en los pliegos, planteando el recurso dos cuestiones de orden formal y previas al examen de la documentación presentada para acreditar dicho extremo: que el requerimiento de aportación de información fue incompleto, y que debería habersele otorgado un plazo de subsanación. Abordaremos pues previamente ambas pretensiones.

Respecto de la primera de ellas, que el requerimiento de aportación de información fue incompleto, podemos señalar que el pliego, asumido por la entidad recurrente mediante la presentación de su oferta, otorgaba un amplio margen a la entidad contratante para solicitar la documentación que considerara necesaria para entender acreditado el cumplimiento del requisito de solvencia técnica. Dentro de este margen, no cabe considerar que la documentación que en concreto se solicitó fuera irrazonable o no idónea. A ello cabe añadir que al recibir el requerimiento y responder al mismo, la entidad recurrente no planteó ninguna objeción. En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso

Respecto de la segunda pretensión, que debería habersele concedido un trámite de subsanación, conviene recordar que hay que distinguir entre los requisitos de solvencia y los medios para acreditarla, estableciendo el artículo 92 de la LCSP que la concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos.

En el pliego, tal como hemos señalado, se exige como requisito específico de solvencia técnica contar en plantilla de forma estable con al menos un 45% de personas con discapacidad derivada de enfermedad



mental del total de discapacitados de la empresa con una antigüedad mínima de un año cada uno de ellos. En cuanto a la forma de acreditación, se exige una declaración responsable firmada por el apoderado de la persona licitadora, precisándose, a continuación que los criterios de solvencia técnica y económica solo deberán ser acreditados documentalmente por el licitador en el que recaiga la propuesta de adjudicación.

En definitiva, determinado un concreto criterio de solvencia técnica, se establece como forma de acreditación la presentación de una declaración responsable, disponiendo la necesidad de que se acredite documentalmente el cumplir ese requisito por el licitador sobre el que vaya a recaer la propuesta de adjudicación, pero sin concretar los documentos que habrían de presentarse.

Además, en la cláusula 15, pese a que lleva por título *Documentación acreditativa de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos*, no se contempla de forma expresa la aportación de documentación acreditativa de la solvencia, más allá de la previsión genérica de que FAISEM podrá requerir cualquier otra documentación que considere necesaria para acreditar los datos y circunstancias expresados por el licitador en la formulación de la oferta.

Por su parte, el artículo 140.3 de la LCSP faculta al órgano o la mesa de contratación para poder pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato, lo que reitera el artículo 150.2 cuando dispone que una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) (entre las que se encuentra la acreditativa de la solvencia técnica) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, del licitador.

Ahora bien, una vez calificada la documentación presentada como insuficiente a los efectos de acreditar la solvencia técnica, el debate se centra en si la mesa venía obligada a otorgar un trámite de subsanación, como demanda la entidad recurrente. A estos efectos hemos de partir de que la acreditación de la



solvencia es esencialmente subsanable, tal como viene sosteniendo este Tribunal. Así, en nuestra Resolución 309/2018, de 9 de noviembre:

“Así, una vez sentado lo anterior, procede analizar a continuación si el órgano de contratación debió, como manifiesta la recurrente concederle la posibilidad de subsanar la documentación presentada.

La presente cuestión ha sido analizada por este Tribunal en la reciente Resolución 279/2018, de 10 de octubre, en la que con invocación de los principios antiformalista y de proporcionalidad, estima que procede conceder a la licitadora propuesta como adjudicataria en determinados supuestos, un plazo para la subsanación de la documentación presentada, siendo la exclusión de las licitadoras por defectos de los documentos administrativos una medida excepcional, que debe ser aplicada de forma estricta dado su carácter restrictivo de la concurrencia, máxime cuando dicha exclusión, como en el presente supuesto, afecta a la proposición de la licitadora que presenta la oferta económicamente más ventajosa.

En este sentido, el principio de proporcionalidad citado, reconocido por la jurisprudencia europea (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 los artículos 18 de la Directiva 2014/24/UE y 132 de la nueva LCSP, 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.

Por otra parte, atendiendo a la literalidad del artículo 151.2 del TRLCSP, este no prevé nada al respecto, ni autoriza ni prohíbe la subsanación de los defectos, errores u omisiones cometidos en la cumplimentación del requerimiento en el plazo concedido para ello.

No obstante lo anterior, debemos señalar que respecto a la documentación acreditativa de los requisitos previos aportada con ocasión del sobre nº1 -documentación administrativa- cuando su aportación se sustituye por una declaración responsable o por el DEUC (Documento Europeo Único de Contratación), como ocurre en el supuesto examinado, se permite la posibilidad de subsanar la misma con ocasión de su aportación por la licitadora propuesta adjudicataria con carácter previo a la adjudicación, por lo tanto, procede hacer extensiva dicha posibilidad a la documentación exigida con



carácter previo a la adjudicación, por cuanto es en ese mismo momento cuando se aporta la misma y se procede a su calificación, siendo con ocasión de su presentación cuando se pueden apreciar los defectos subsanables en su caso, y sin que haya razón o justificación alguna para que se otorgue plazo de subsanación en el primer caso y no en este segundo.

Asimismo, el citado artículo 151.2 del TRLCSP, hace referencia a la no cumplimentación adecuada del requerimiento en el plazo señalado, como requisito para entender que el licitador ha retirado injustificadamente su oferta. En este sentido, dicho precepto exige que exista un comportamiento inequívocamente incumplidor de lo requerido, que evidencie que efectivamente la licitadora propuesta quiere retirar su oferta, equiparándose la retirada de la oferta en el artículo 62 del RGLCAP a la no constitución de la garantía definitiva o la no formalización del contrato en plazo, constituyendo ambos supuestos situaciones de incumplimientos totales de obligaciones y de gravedad suficiente para proceder a la incautación y ejecución de la garantía provisional.

En el presente supuesto, de la documentación obrante en el expediente se constata que el requerimiento realizado a la recurrente respecto al cumplimiento de las obligaciones tributarias ha sido cumplimentado por esta. No obstante, dicho cumplimiento se ha realizado de forma incompleta, por lo que no cabe considerar que no ha cumplido con dicho trámite, más aun cuando ha aportado la documentación solicitada con carácter previo a la resolución impugnada.

En consecuencia, la actuación de la entidad recurrente evidencia su deseo de no retirar su oferta y de resultar adjudicataria de los lotes para los que fue propuesta, por lo que en el supuesto examinado no procede acordar su exclusión de forma automática, sin concederle previamente la posibilidad de subsanar la documentación aportada.

Asimismo, debemos señalar que el criterio establecido por este Tribunal, es seguido en la actualidad por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales pronunciándose en este sentido, entre otras, en sus Resoluciones 439/2018, de 27 de abril, 582/2018, de 12 de junio y 747/2018, de 31 de julio. Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias, en su Recomendación 2/2018, se ha pronunciado respecto a la inclusión en la redacción de los distintos pliegos de un plazo para subsanar los defectos de que adolezca la documentación presentada por el licitador propuesto como adjudicatario.”

En este sentido, y a los efectos de calificar determinados aspectos relacionados con la documentación a



presentar, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 435/19, de 25 de abril:

“Este Tribunal ha venido a razonar en numerosas resoluciones que a efectos de determinar “qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo –y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables- se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido, Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere “los defectos u omisiones subsanables” a la “documentación presentada”, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de los que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación.

Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos” (Resolución 296/2012, entre otras).

Dicha doctrina ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de mayo de 2015 en la que afirma que *“pueden traerse aquí las consideraciones que hace el TACRC sobre la relación entre la aplicación del principio de subsanabilidad de los defectos formales y la libertad de concurrencia y añadir a ellas que su utilización en supuestos como éste contribuye a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos”.*

Por otro lado, el TACRC en su resolución 747/2018, de 31 de julio, ha analizado el artículo 152 de la LCSP desde una doble perspectiva:



a). Extensión objetiva del contenido de la conducta consistente en no haber cumplimentado el requerimiento efectuado y determinación de si se extiende a cualquier defecto u omisión de cumplimentación, o solo a la falta de cumplimentación total o en lo principal y sustancial, según determinación legal.

b). Posibilidad o no de subsanar las omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación del requerimiento efectivamente realizada en el plazo concedido.

Con carácter previo el TACRC señala:

“Esa tarea es imprescindible a la vista de que se viene aplicando una interpretación literal, muy rigorista, extrema y muy amplia de su contenido, que debe ser de interpretación restrictiva a la vista de su carácter sancionador, que está llevando a resultados sumamente extensivos, formalistas e injustos. Esos criterios extremos se han aplicado incluso por este Tribunal, y por los Tribunales de Justicia, como, por ejemplo, sobre si se admite o no la subsanación de defectos o errores u omisiones cometidos en la cumplimentación del requerimiento, que se niega por el simple hecho de que el precepto no dice nada al respecto, que ni lo prevé, ni lo prohíbe. Además, este Tribunal viene ya aplicando un criterio menos formalista y extensivo del contenido de dicho precepto, como ha hecho en sus Resoluciones número 439/2018, de fecha 27 de abril de 2018, del Recurso nº 234/2018, y en la Resolución nº 582, de fecha 12 de junio de 2018, del Recurso nº 413/2018, a las que luego aludiremos, y en el mismo sentido, muchos órganos de contratación prevén en el PCAP la posibilidad de subsanar la omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación de dicho requerimiento, como ocurre en el caso objeto de este recurso especial, que, además, plantea cuestiones adicionales. Es preciso, por tanto, establecer una interpretación del artículo 151.2 del TRLCSP (art. 150.2 en la LCSP) más delimitada y acorde con el contenido literal del precepto y su finalidad, que no es otra que resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado con transcendencia respecto de la garantía provisional, en el caso de que se hubiera constituido, y, en concreto, su incautación o, bajo la LCSP, imposición de una penalización del 3%, e incluso, incurrir en causa de prohibición de contratar, como prevé el artículo 60.2, a), del TRLCSP.”

Tras plantear las dos cuestiones antes referidas, y centrándonos en la segunda de ellas en atención al problema que se plantea en el presente recurso, señala:



“2. La segunda cuestión es la posibilidad o no de subsanar las omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación del requerimiento efectivamente realizada en el plazo concedido, pero de forma defectuosa.

La posibilidad indicada no puede negada, especialmente si el propio interesado pone de manifiesto su voluntad de subsanar los defectos u omisiones apreciados, bien directamente porque los detecte él, bien porque se le pongan de manifiesto.

Esa posibilidad debe admitirse por las siguientes dos razones: la primera es de estricta lógica, ya que si frecuentemente los órganos de contratación exigen aportar en el sobre de la documentación administrativa una declaración responsable de que cumplen los requisitos previos o el DEUC, y que el propuesto como adjudicatario acredite antes de la adjudicación que cumple esos requisitos (artículo 146 del TRLCSP) es razonable pensar que su calificación se hará en ese momento, y si sus defectos y omisiones son subsanables si esa documentación se presenta antes, también habrá de serlo si se aprecian cuando se le requiere la documentación relativa a esos requisitos previos para adjudicarle el contrato, con la única particularidad de que ese plazo será el especial de la legislación de contratación pública, de tres días hábiles. Y la segunda razón consiste en que el artículo 151 no dice nada al respecto, pues ni autoriza expresamente ni prohíbe la subsanación.

Por tanto, a partir de la interpretación del artículo 151.2 del TRLCSP que hemos expuesto en el apartado 1 anterior, entendemos que es aplicable la Disposición Final Tercera.1, del TRLCSP, que somete supletoriamente los procedimientos regulados en dicha Ley a lo previsto en la Ley 39/2015. En nuestro caso, sería aplicable supletoriamente el artículo 73 de dicha Ley que determina:

“Artículo 73. Cumplimiento de trámites.

1. Los trámites que deban ser cumplimentados por los interesados deberán realizarse en el plazo de diez días a partir del siguiente al de la notificación del correspondiente acto, salvo en el caso de que en la norma correspondiente se fije plazo distinto.

2. En cualquier momento del procedimiento, cuando la Administración considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo.

3. A los interesados que no cumplan lo dispuesto en los apartados anteriores, se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente. No obstante, se admitirá la actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo”.



Como puede apreciarse, es coincidente el plazo inicial de 10 días para cumplimentar el trámite en el TRLCSP y en la LPAC. Lo que ocurre es que el apartado 2 del artículo 73 de la LPAC sí establece un trámite general de subsanación, trámite que, a falta de prohibición expresa en el TRLCSP, es aplicable en el caso de cumplimentación defectuosa o con omisiones, del requerimiento hecho al interesado. La única especialidad admisible, a falta de prohibición, es la del número de días para subsanar los defectos que, en el ámbito de la contratación pública, por el principio de celeridad en la tramitación y por analogía, sería el de tres días hábiles del artículo 81 del RGLCSP.

En el sentido indicado en los apartados anteriores nos hemos pronunciado en la Resolución 439/2018, del Recurso 234/2018, en la que se dice que:

‘La incautación de la garantía en el supuesto debatido no es procedente. El precepto citado invocado por el Órgano de contratación determina dicha incautación para el supuesto de retirada injustificada de la oferta por el licitador. Deben, pues, concurrir dos requisitos, a saber: que el licitador retire su oferta, lo que exige voluntariedad, y que ello no esté justificado por alguna causa suficiente. En nuestro caso, el licitador no ha retirado su oferta antes de la adjudicación, ni siquiera después. La garantía provisional responde del mantenimiento de la oferta hasta la adjudicación, y eso es lo que ha hecho el licitador, pues se le ha adjudicado el contrato, pero después se ha revocado esa decisión. Luego no ha existido retirada voluntaria de la oferta antes de la adjudicación, ni siquiera después, sino que, valga la expresión, se la han retirado.

Por otra parte, el solo hecho de que el licitador propuesto como adjudicatario que, requerido para acreditar los requisitos pertinentes para efectuar a su favor la adjudicación, no cumplimente debidamente lo requerido, determine que se considere que ha retirado su oferta, lo es a los efectos de continuar el procedimiento y proponer y seleccionar como adjudicatario a otro licitador sin paralizar el procedimiento. El efecto de incautación de la garantía o de imposición de penalidad (como prevé la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público), se limita a los casos en que efectivamente el licitador retire su oferta u observe un comportamiento inequívocamente incumplidor de lo requerido, es decir, implique voluntariedad en el incumplimiento del requerimiento, circunstancia que en modo alguno es apreciable en casos como el que nos ocupa, en el que el licitador cumple pero el órgano de contratación no lo considera así, e incluso aquél insiste acudiendo a esta vía de recurso especial, es decir: no solo no ha retirado su oferta sino que insiste en la adjudicación a su favor en cuanto ha presentado la oferta mejor valorada y por ello, en el mantenimiento de aquélla. Más aun en nuestro caso, no existe retirada de la oferta en cuanto que el Órgano de contratación llega a adjudicar el contrato al licitador recurrente.

Por tanto, procede estimar la pretensión subsidiaria de la recurrente de que se proceda a la devolución



de su garantía provisional para el caso de que no se estime su pretensión de anulación del acto de exclusión”.

En análogo sentido no hemos pronunciado en la Resolución nº 582/2018, de 12 de junio de 2018, del Recurso nº 413.”

No obstante esta doctrina sobre la subsanación, el órgano alega que en la valoración de la documentación presentada no se observó error ni deficiencia alguna que pudiera arrojar alguna duda y que pudiera considerarse subsanable, ya que le entidad presentó toda la documentación en tiempo y forma, por lo que no pidió subsanación. Pues bien el problema planteado puede abordarse no sólo desde la perspectiva del posible otorgamiento de un trámite de subsanación como hemos hecho anteriormente, sino del trámite de aclaración o solicitud de información complementaria que contempla el artículo 95, Documentación e información complementaria, de la LCSP cuando dispone que *“El órgano de contratación o el órgano auxiliar de este podrá recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos anteriores o requerirle para la presentación de otros complementarios”.*

Esté trámite de aclaración fue analizado por este Tribunal en su Resolución 52/2019, de 27 de febrero, en relación con el trámite de subsanación, y los principios de proporcionalidad y libre concurrencia:

“Como se ha expuesto anteriormente, la recurrente ha sido excluida de la licitación por no acreditar determinado requisito de solvencia técnica y profesional, en concreto el de la cualificación profesional de licenciado o graduado universitario exigida para el Lote 1 al responsable de cuentas en el apartado “otros requisitos” del anexo III del PCAP «Requisitos de los licitadores: Solvencia técnica o profesional».

En este sentido el artículo 82 del TRLCSP establece que *“El órgano de contratación o el órgano auxiliar de éste (entre otros la mesa de contratación) podrá recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos anteriores (referidos a la capacidad y solvencia de las entidades licitadoras) o requerirle para la presentación de otros complementarios”.*

El precedente normativo inmediato de este precepto se encuentra en el artículo 22 del RGLCAP, cuyo tenor es el siguiente *“A los efectos establecidos en los artículos 15 a 20 de la ley (relativos a la capacidad, solvencia y prohibiciones de contratar), el órgano y la mesa de contratación podrán recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle para la*



presentación de otros complementarios, lo que deberá cumplimentar en el plazo de cinco días (...).”

Al respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Recomendación 2/2002, de 5 de junio, sobre el funcionamiento de las mesas de contratación previsto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, analiza la distinta finalidad de los plazos previstos en los artículos 22 y 81.2 del RGLCAP concluyendo que ambos plazos no son excluyentes y que se pueden presentar supuestos en que hayan de aplicarse los dos plazos en un mismo procedimiento, bien sea de forma simultánea o sucesiva. En este sentido, manifiesta que mientras el plazo de tres días hábiles previsto en el artículo 81.2 del RGLCAP se concederá para la subsanación de omisiones, errores o defectos materiales subsanables, entendidos éstos como los que no afectan al cumplimiento de los requisitos sino a su acreditación, el artículo 22 del RGLCAP se refiere a la comprobación del cumplimiento de los requisitos legales de capacidad y solvencia y no estar incurso en prohibición de contratar, pudiendo la Administración en este caso hacer uso del plazo de cinco días cuando considere que dicho cumplimiento debe ser aclarado o completado.

En este sentido, se ha de tener en cuenta que la posibilidad de solicitar aclaraciones o documentación complementaria en relación con la capacidad y solvencia, ex artículo 82 del TRLCSP, es una facultad de la mesa o del órgano de contratación que tienen cuando entienden que una proposición lo requiere; en caso contrario, no están obligados a solicitar dichas aclaraciones o documentación complementaria si entienden que la proposición es lo suficientemente clara y precisa.

Expresada la posibilidad que tiene el órgano de contratación o la mesa, indistintamente, de solicitar aclaraciones o documentación complementaria de lo ofertado, resta por analizar si en el supuesto examinado dicha actuación supondría una subsanación de la subsanación, proscrita por nuestra normativa contractual, como alega el órgano de contratación en su informe al recurso.

(...)

Sin embargo, a juicio de este Tribunal, la mesa de contratación con carácter previo a la exclusión debió de haberle solicitado aclaración o documentación complementaria, ex artículo 82 del TRLCSP, en los términos expuestos anteriormente.

En efecto, el documento presentado por la ahora recurrente formalizado por la Facultad de Ciencias de la Información de la citada Universidad, en los términos en los que está suscrito, podría generar dudas, como de hecho le generó a la mesa según se ha expuesto, pues si bien es verdad que pone de manifiesto que se han finalizado determinados estudios, no acredita fehacientemente que se ha obtenido el título de



licenciado o graduado como exigen los pliegos.

Es esa duda lo que debió tener en cuenta la mesa de contratación para solicitarle a la ahora recurrente que aclarase o completase dicha información, sin que dicha actuación suponga una nueva subsanación.

(...)

Esta opción, de solicitar aclaración o documentación complementaria con carácter previo a la exclusión, hubiera sido más acorde con la doctrina consolidada por este Tribunal en sus resoluciones (v.g., entre otras muchas la Resolución 289/2016, de 11 de noviembre y la 9/2019, de 17 de enero, entre las más recientes), en las que ha invocado la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08), conforme a la cual el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose 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.

Dicho principio, ha obtenido reconocimiento legal, aun cuando lo haya sido en la nueva LCSP no aplicable al supuesto examinado, 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”*.

Asimismo, tal actuación hubiera sido más respetuosa con el principio de concurrencia consagrado en el artículo 1 del TRLCSP, sin vulnerar el principio de igualdad de trato, puesto que solo se habría dirigido a demostrar un hecho objetivo previo, tal cual era constatar la condición de licenciada que en el curriculum vitae se afirmaba poseer aunque no se acreditaba de forma fehaciente con el documento aportado de la Universidad Complutense de Madrid, lo que no hubiera situado a la recurrente en posición de ventaja respecto al resto de entidades licitadores.

No es posible, por los motivos expuestos, atender a los alegatos del órgano de contratación y de la entidad interesada, cuando manifiestan que la pretensión de la recurrente, de que la mesa le solicitase aclaraciones o documentación complementaria, supondría un nuevo trámite de subsanación.”

Aplicando la doctrina expuesta al presente caso resulta que el PCAP prevé la acreditación del particular requisito de solvencia técnica consistente en contar en plantilla de forma estable con al menos un 45% de personas con discapacidad derivada de enfermedad mental del total de discapacitados de la empresa con



una antigüedad mínima de un año cada uno de ellos mediante una declaración responsable, sin que se contemplen en el pliego cuales serían los documentos que se requerirían caso de resultar la oferta clasificada como las más ventajosa; que tanto la mesa como el órgano están facultados para solicitar a la entidad que va a ser propuesta como adjudicataria la aportación de la totalidad o una parte de los documentos justificativos; que la acreditación de requisitos de solvencia técnica son subsanables; que el órgano también puede solicitar aclaraciones o información complementaria; y que a la vista de la documentación presentada, y sin previo requerimiento de subsanación o aclaración, se procedió a la exclusión de la entidad recurrente.

En este sentido, de los términos del acuerdo de exclusión se desprende que al menos en cuanto a la consideración de la entidad como Centro Especial de Empleo el órgano hace una apreciación indiciaria y no absoluta (*“Con la información aportada hay elementos para considerar que no se cumple la normativa para la consideración de Centro Especial de Empleo”*). Por otro lado, y dada la gran diferencia entre los datos aportados por la recurrente y los apreciados por la mesa, hubiera sido más adecuado y acorde con el principio de proporcionalidad señalado haber solicitado aclaración sobre la acreditación de la solvencia técnica.

En consecuencia procede estimar este motivo del recurso, sin necesidad pues de abordar y de pronunciarnos sobre los demás motivos del recurso, y en definitiva, si la entidad recurrente cumple o no el requisito de solvencia, cuya apreciación corresponderá a la entidad contratante.

La corrección de la infracción legal cometida debe llevarse a cabo anulando el acuerdo de la mesa de contratación, de 2 de octubre de 2019, por el que se excluye la oferta de la entidad del procedimiento de licitación del presente contrato, con retroacción de las actuaciones al momento previo a la exclusión, para que se proceda por la mesa de contratación a conceder un trámite de aclaración o solicitud de información complementaria para la acreditación del concreto extremo de la solvencia técnica, con continuación, en su caso, del procedimiento de licitación.

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



ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FEPAMIC SERVICIOS PARA PERSONAS DEPENDIENTES S.L.U.**, contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 2 de octubre de 2019 por el que se la excluye del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de Catering de los Centros e Instalaciones dependientes de FAISEM en la provincia de Córdoba” (Expte. 2/2019), convocado por la Fundación Pública Andaluza para la Integración Social de Personas con Enfermedad Mental, organismo adscrito a la Consejería de Salud y Familias, anulando el citado acuerdo, con retroacción de las actuaciones al momento previo a la exclusión, para que se proceda por la mesa de contratación de un trámite de aclaración o solicitud de información complementaria.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal en Resolución de 7 de noviembre de 2019.

TERCERO. 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.

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.

