

Recurso 480/2019

Resolución 190/2020

**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 **VWR INTERNATIONAL EUROLAB, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación celebrada el día 12 de noviembre de 2019, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Adquisición de dos recintos cerrados isotérmicos para la investigación en cianobacterias, algas y plantas acuáticas, con un volumen aproximado de 25.000 litros cada una, cofinanciado con fondos FEDER, convocatoria 2018, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020, EQC2018-004224-P» (Expte. SU. 27/2019 PAR), promovido por la Universidad de Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 26 de junio de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 182.000 euros, y entre las empresas que



presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente, según consta en la documentación que obra en el expediente de contratación.

SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, es de aplicación 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 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 nueva LCSP.

TERCERO. El 9 de diciembre de 2019, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad VWR INTERNATIONAL EUROLAB, S.L. (en adelante VWR) contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 12 de noviembre de 2019 por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación. En su escrito de recurso, la entidad recurrente solicita, entre otras cuestiones, la suspensión del procedimiento de licitación.

CUARTO. Por la Secretaría de este Órgano, el 11 de diciembre de 2019, se le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y se le requiere que remita el preceptivo informe, y el resto de documentación necesaria para la resolución del mismo. La documentación solicitada fue recibida en el Registro electrónico de este Tribunal el 20 de diciembre de 2019, a excepción del listado de licitadores que fue requerido por la Secretaría de este Tribunal el 27 de diciembre de 2019, y recibido el 7 de enero de 2020 en el Registro electrónico.

QUINTO. Este Tribunal acordó mediante Resolución de 27 de diciembre de 2019 adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato solicitada por la entidad VWR.

SEXTO. Con fecha 8 de enero de 2020, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

SÉPTIMO. 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.

En el supuesto analizado, la competencia de este Tribunal para la resolución del presente recurso deriva del convenio formalizado, el 21 de diciembre de 2012, entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Universidad de Málaga, de conformidad con lo previsto en el artículo 11.2 del citado Decreto autonómico.

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, según consta en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), es un contrato de suministro cuyo valor estimado asciende a 182.000 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 su oferta de la licitación, 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 acta de la sesión de la mesa de contratación en la que se acordó la exclusión de la oferta de la entidad recurrente, fue publicada en el perfil de contratante el 18 de noviembre de 2019, por lo que el recurso presentado el 9 de diciembre de 2019 en el registro del órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado, y ello con independencia, en su caso, de la fecha de notificación.

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 interpone el presente recurso contra el acuerdo, de 12 de noviembre de 2019, de la mesa de contratación por el que se declara la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación, solicitando que se anule dicho acuerdo y se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a dicha exclusión, permitiendo a VWR continuar en el procedimiento.

En el acta de la sesión de la mesa de contratación celebrada el 12 de noviembre se recoge los motivos de exclusión de VWR: *“Sin embargo, WWW INTERNATIONAL EUROLAB S.L. presenta en la documentación remitida unas cifras anuales que, aunque consiguen llegar al importe requerido en el ejercicio de 2018, lo hacen a base de ventas cuyos conceptos especificados muestran explícitamente la naturaleza de las mismas, pudiendo establecerse que NO se trata de “trabajos de naturaleza análoga”, que es lo que se exige incondicionalmente.*

Por otro lado, y para corroborar lo anterior dicho, en el epígrafe Objeto Social del ROLECE aparece la siguiente definición de la actividad de la empresa en cuestión: “La fabricación y comercialización de material de laboratorio, productos químicos, reactivos, de perfumería y de cosmética y aparatos de



medición, análisis diagnóstica, con sus correspondientes soportes informáticos y sus accesorios. La actividad de comercialización podrá incluir la prestación de servicios de asistencia en las instalaciones del cliente. CNAE de la actividad principal 4675."

La entidad recurrente alega que "naturaleza análoga" no es igual naturaleza, y que por naturaleza análoga, expresión que emplea el PCAP debe entenderse similar naturaleza, como se desprende del contenido del artículo 89.1.a) de la LCSP.

Añade que la suma de los suministros que considera análogos bien por tener el mismo CPV que el suministro que se licita o bien por ser equipos de investigación, suman 296.530,83 euros superando el mínimo a acreditar de 127.400 euros. Asimismo, alega que si bien es cierto que en la declaración responsable aportada no se reflejaron, por motivos de confidencialidad, ciertos sujetos privados a los que se ha suministrado y con los que VWR ha mantenido una relación contractual, considera que la mesa no debió excluirla sin haberla requerido a los efectos de subsanar dicho extremo, en caso de considerarlo necesario, habiéndole podido facilitar esa información.

Por otra parte, la entidad recurrente defiende la vinculación directa entre su objeto social y la prestación objeto del contrato, al licitarse en este expediente material de laboratorio, que está dentro de su objeto social.

Considera finalmente que la mesa debería haberle requerido a los efectos de subsanar los oportunos extremos, toda vez que, tal y como ya se ha manifestado por la doctrina de los Tribunales encargados de resolver recursos contractuales, lo contenido en el sobre de documentación administrativa, siempre que exista, puede subsanarse.

Por su parte el órgano de contratación en su informe entiende tras el estudio del recurso presentado, que la recurrente no ha interpretado correctamente los pliegos y demás documentación que rigen el procedimiento de contratación; reiterándose en que el procedimiento se ha realizado conforme establecen los pliegos y con estricto cumplimiento de la legislación de contratos; que la recurrente no ha hecho una interpretación correcta de los requisitos exigidos, entendiéndolo que el importe mínimo a acreditar es el acumulado de los cinco últimos años y no el acumulado en el año de mayor ejecución. Por ello comete el error, a su juicio, de calcular la suma de los importes de todas las prestaciones que ella considera análogas



ejecutadas en los últimos cinco años, y no la suma de los importes de los suministros o trabajos análogos en el año de mayor ejecución: 2018, con 100.989,52 euros. En definitiva, sostiene que en ninguno de los cinco últimos años se alcanza el umbral mínimo establecido en los pliegos.

Respecto del carácter subsanable de la documentación administrativa, considera que no se trata de subsanar la deficiente acreditación de un requisito, ya que no existe duda o defecto en la documentación presentada; y, por tanto, no se consideró necesario pedir dicha subsanación siguiendo la interpretación reiterada tanto de este Tribunal —Resolución 77/2015, de 24 de febrero de 2015, al Recurso 176/2014, p. ej.— como de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (informe 9/06, de 24 de marzo de 2006; informe 36/04, de 7 de junio de 2004; informe 27/04, de 7 de junio de 2004; informe 6/00, de 11 de abril de 2000; informe 48/02, de 28 de febrero de 2003; informe 47/09, de 1 de febrero de 2010; informe 18/10, de 24 de noviembre, entre otros).

Añade que en cuanto a la comprobación del objeto social de la empresa —a la que se recurrió para corroborar la naturaleza de los suministros o trabajos— carece ya de virtualidad al indicar la propia empresa cuáles son las prestaciones que pueden considerarse análogas a los efectos de este contrato.

En conclusión, el motivo de la exclusión es el incumplimiento por la licitadora de los requisitos exigidos en materia de solvencia técnica por los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rigen la contratación.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes procede entrar a analizar los motivos del recurso.

El recurso se presenta contra el acuerdo de la mesa por el que se excluye a la entidad recurrente por falta de acreditación de la solvencia técnica. Esta falta de acreditación se fundamenta en dos causas complementarias: la primera que presenta en la documentación remitida unas cifras anuales que, aunque consiguen llegar al importe requerido en el ejercicio de 2018, lo hacen a base de ventas cuyos conceptos especificados muestran explícitamente la naturaleza de las mismas, pudiendo establecerse que no se trata de “trabajos de naturaleza análoga”, y la segunda, poniendo en relación la primera causa con el objeto social que aparece inscrito en el ROLECE.



Pues bien, si bien la recurrente discute ambas causas que motivaron su exclusión formula una pretensión de naturaleza procedimental: que antes de excluirla tenía que habersele otorgado un plazo de subsanación.

Es decir, 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 435/2019, 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 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 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 ser 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 no se trata de subsanar la deficiente acreditación de un requisito, ya que no existe duda o defecto en la documentación presentada; y, por tanto, no se consideró necesario pedir una subsanación de aquella. En apoyo de su alegación invoca nuestra Resolución 77/2015, de 24 de febrero. Pues bien debemos precisar que en esa Resolución dijimos que *“Este Tribunal, recogiendo esta doctrina, se ha pronunciado sobre la cuestión, entre otras, en la resolución 54/2013, de 2 de mayo, configurando una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos de los licitadores, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible.”*, y que estimamos ese motivo del recurso por no haber concedido la posibilidad de subsanar.

Por otro lado, 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 como requisito y forma de la solvencia técnica en su cuadro resumen, apartado 13, *“Relación de los suministros o trabajos ejecutados de naturaleza análoga en el curso de los cinco últimos años, que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o a falta de este certificado, mediante una declaración responsable del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.*

Quedará acreditada la solvencia técnica cuando el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% del valor estimado del contrato, o de su anualidad media si esta es inferior al valor estimado del contrato.

*Importe mínimo a acreditar= Valor estimado del contrato 182.000 €*0,70 = 127.400 €”*

Por su parte la cláusula 3.1 a) atribuye a la mesa la función de calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141 de la LCSP, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación.

También resulta 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, y en relación con el motivo complementario de exclusión, hubiera sido procedente requerir subsanación o al menos aclaración de la entidad licitadora.



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 12 de noviembre 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 subsanación o al menos 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad VWR INTERNATIONAL EUROLAB, S.L. contra el acuerdo de la mesa de contratación celebrada el día 12 de noviembre de 2019, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Adquisición de dos recintos cerrados isotérmicos para la investigación en cianobacterias, algas y plantas acuáticas, con un volumen aproximado de 25.000 litros cada una, cofinanciado con fondos FEDER, convocatoria 2018, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020, EQC2018-004224-P» (Expte. SU. 27/2019 PAR), anulando el citado acuerdo, 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 subsanación o al menos 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 27 de diciembre 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.

