

Recursos 151/2020 BIS

Resolución 385/2020

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

Sevilla, 12 de noviembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **A.G.B.** contra el Decreto 1328, de 4 de junio de 2020, del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato denominado “Suministro de todos los materiales de construcción destinados a la ejecución de obras por Administración dentro del Programa de Fomento de Empleo (PFOEA 2019)” (Expte. 6340/2019), respecto del lote 3.2., convocado por el Ayuntamiento de Lora del Río (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 12 de diciembre de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de Unión Europea n.º 2019/S 240-588411 el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución.



El valor estimado del contrato asciende a 505.997,69 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba el ahora recurrente, según consta en la documentación contenida en el expediente de contratación remitido a este Tribunal.

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

TERCERO. La mesa de contratación, en sesión celebrada el 3 de junio de 2020, acuerda la exclusión de A.G.B. que actúa bajo el nombre comercial EXCAVACIONES GARCÍA BUIZA cuya oferta había sido propuesta como adjudicataria respecto del lote 3.2. al no reunir los requisitos de solvencia económica y financiera establecidos en los pliegos. El acta de la mencionada sesión se publicó en el perfil de contratante el 29 de junio de 2020.

CUARTO. El órgano de contratación, mediante Decreto 1328, de 4 de junio de 2020, adjudica el lote 3.2. a favor de la entidad HERMANOS RINCÓN BRAVO, S.L.. Estos actos fueron remitidos a la recurrente y publicados en el perfil de contratante el 29 de junio de 2020.

QUINTO. El 24 de junio de 2020, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación presentado por A.G.B. contra el mencionado Decreto 1328, de 4 de junio, de adjudicación del contrato respecto del lote 3.2.

El órgano de contratación remitió el escrito de recurso, así como el informe sobre el mismo y el expediente de contratación, el 29 de junio de 2020, junto con la documentación correspondiente al expediente de Recurso nº151/2020. Posteriormente, por parte de este Tribunal se solicitó documentación necesaria para la resolución del recurso que fue recibida el 29 de octubre de 2020.



SEXTO. Con fecha 30 de octubre 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 respecto de ambos recursos, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.

En el supuesto examinado el Ayuntamiento de Lora del Río no ha puesto de manifiesto en el informe al recurso que disponga de órgano propio especializado, habiendo remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad 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 licitación es un contrato de suministro con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y el objeto del recurso desde una perspectiva formal es el acto de adjudicación aunque -desde una perspectiva material- se impugne la exclusión de la recurrente del procedimiento de 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.c) de la LCSP.



CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) 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:*

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”.

Por su parte, la citada disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que *“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado”.

En el supuesto analizado, el decreto de adjudicación impugnado, de 4 de junio, se remitió a la recurrente y se publicó en el perfil de contratante el 29 de junio de 2020. Por otro lado, la interposición del recurso fue realizada ante el órgano de contratación el 24 de junio de 2020, es decir, en un momento previo a que se produjera la notificación del mencionado acto.

Sobre lo anterior, este Tribunal ha manifestado otras veces, por todas, la Resolución 397/2015, de 25 de noviembre, lo siguiente: *«Como viene señalando la doctrina administrativista, el riguroso sistema descrito en la LRJAP y PAC sobre la notificación de los actos está configurado exclusivamente como una garantía del administrado. La falta de notificación en forma demora la eficacia del acto cuando este es susceptible de producir un perjuicio a su destinatario, pero no en caso contrario, pues no faltan supuestos en que la Administración ha incumplido el régimen legal de notificación de sus actos para bloquear, aplazar o incluso rectificar, en perjuicio del interesado, los naturales efectos del acto por ella adoptado. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1980 ya proclamaba “la validez y eficacia del acto administrativo cuando es emitido por el órgano competente mediante el procedimiento establecido en la Ley y consignado por escrito dada su peculiar naturaleza, viene así a reunir los requisitos subjetivos, objetivos y aun formales que los artículos 40 y 41 LPA nos describen como esenciales para su validez”, sin que importe a estos efectos que no fuesen debidamente notificados a los beneficiarios de los mismos.*



Asimismo, otra Sentencia del Alto Tribunal, de 3 de marzo de 1992 (Recurso 4731/1990. RJ 1992\1775) viene a sostener que la notificación no es condición de validez ni de existencia del acto, sino simplemente de eficacia frente al interesado por lo que conocido finalmente por este, aquel despliega sus efectos».

De lo anterior, se infiere que aunque en el momento de presentación del recurso el decreto de adjudicación no había sido notificado todavía a A.G.B., este ya conocía su contenido, y nada le impedía impugnarlo al tratarse de un acto existente. El hecho de que la recurrente no haya esperado a su notificación para la interposición del recurso solo puede, en su caso, perjudicarle a ella, pero no afecta a la existencia y validez presumible del acto, siendo admisible y en plazo el recurso interpuesto contra él en cualquier momento anterior a su notificación formal.

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 los siguientes fundamentos de derecho.

Pues bien, la recurrente cuya oferta inicialmente había sido propuesta como adjudicataria impugna su exclusión, alegando que la misma se produce en el Decreto 1328 por el que se adjudica el lote 3.2., de 4 de junio de 2020, el cual no le ha sido notificado y que adolece de falta de motivación y respecto al procedimiento, denuncia que la exclusión tuvo lugar sin previo requerimiento de subsanación. Además, considera que si la mesa de contratación entendió que la documentación presentada no acreditaba de forma suficiente la solvencia económica y financiera exigida se le debió conceder la posibilidad de que aclarase la documentación presentada.

En primer lugar, se analizarán las alegaciones relativas a que no se le ha notificado a la recurrente la exclusión del procedimiento de licitación y a continuación la falta de motivación denunciada.

Procede indicar como premisa que la normativa contractual no obliga a la mesa de contratación a notificar de forma individualizada la exclusión, pudiendo diferir el órgano de contratación la comunicación de la exclusión al momento de la notificación del acuerdo de adjudicación.

Sobre esta cuestión, se debe tener en cuenta que, a fecha de interposición del recurso, el decreto de adjudicación todavía no se había notificado por lo que no había nacido la obligación legal de notificar la



exclusión; así lo ha manifestado en otras ocasiones este Tribunal (v.g. Resoluciones 111/2017, de 25 de mayo, 290/2018, de 16 de octubre, 174/2020, de 1 de junio y 356/2020, de 29 de octubre).

Por lo demás, se ha de considerar que, según figura en el expediente administrativo, la notificación del Decreto 1328, de 4 de junio de 2020, fue remitida a la recurrente el 29 de junio, día que coincide con la publicación del acto en el perfil de contratante. Este hecho produce la pérdida sobrevinida del motivo de impugnación en tanto que se ha visto satisfecha la falta de notificación denunciada.

En segundo lugar, la recurrente impugna la falta de motivación de su exclusión en el Decreto 1328, de 4 de junio de 2020, al que ha debido de tener acceso ya que lo adjunta como documentación anexa a su recurso. Tras el análisis del decreto impugnado este Tribunal ha podido comprobar que la única alusión en el documento a la recurrente es la siguiente: *«por haber quedado excluido de la licitación el primer licitador propuesto. EXCAVACIONES GARCÍA BUIZA»*.

En este sentido, en otras ocasiones ante supuestos similares (v.g. Resolución 348/2020, de 22 de octubre) este Tribunal ha llegado a la conclusión de que -aun cuando formalmente la motivación de la exclusión del recurrente no haya sido demasiado ortodoxa-, lo cierto es que dicha entidad materialmente conocía los motivos que han ocasionado su exclusión -a los que alude en su recurso-, que no son otros que la falta de acreditación de la solvencia económica y financiera, y que asimismo son combatidos en su escrito. Por tanto, este Tribunal considera que si bien la motivación de la exclusión en el acto impugnado ha sido defectuosa la misma no le ha ocasionado una indefensión material a la recurrente en tanto que este ha podido presentar un recurso suficientemente fundado en el que ataca precisamente la causa de exclusión. Por lo anterior, teniendo en cuenta las consideraciones anteriormente manifestadas procede la desestimación de esta alegación del recurso.

SEXTO. Por otro lado, la recurrente impugna su exclusión argumentando que no ha tenido constancia fehaciente -salvo error u omisión- de que se le haya hecho un requerimiento previo para que justificase su solvencia técnica y la solvencia económica y financiera.

Sobre esta cuestión el órgano de contratación argumenta en su informe que de conformidad con lo previsto en la cláusula 14 y en el anexo III del PCAP la mesa de contratación procedió a realizar distintas



notificaciones -por medio del correo electrónico que el recurrente facilitó como medio de comunicación en su oferta- requiriéndole la documentación previa a la adjudicación. En este sentido, manifiesta que se hicieron diversas comunicaciones que fueron conocidas por la ahora recurrente y que la mesa de contratación a la vista de la documentación presentada no consideró acreditada la solvencia económica y financiera exigida en el PCAP por lo que la excluyó del procedimiento.

Procede ahora reproducir aquellas partes del expediente administrativo necesarias para centrar el objeto del debate y a continuación analizar la controversia. Como cuestión previa, respecto a las actuaciones llevadas a cabo durante el procedimiento por parte de la mesa de contratación y por el órgano de contratación se ha de indicar que el expediente remitido no sigue un orden cronológico en todas las actuaciones y el nombre de los documentos incorporados en el índice no identifican de forma suficiente su contenido por lo que ha resultado muy dificultoso localizar las actuaciones necesarias para analizar las distintas cuestiones.

Pues bien, consta en el expediente remitido por el órgano de contratación diversos correos electrónicos desde la dirección «*contratación@loradelrio.es*» dirigidos a la dirección de correo electrónica facilitada por la recurrente en su oferta «****@live.com*», son los siguientes:

- Correo electrónico, de 11 de marzo de 2020, remitido también a otras licitadoras en el que, entre otras cuestiones, respecto de la solvencia económica se solicita «*el volumen anual de negocios*» documentación que debía ser presentada a través del Registro electrónico del órgano de contratación.
- El 4 de mayo de 2020, la mesa de contratación le requiere lo siguiente: «*declaración del volumen anual de negocios de los años 2017, 2018 y 2019*» dicho correo es respondido ese mismo día acusando recibo de su contenido.
- El 19 de mayo de 2020, se remite un requerimiento para que la recurrente aclare determinadas discrepancias entre la documentación presentada.
- El 21 de mayo, se le requiere que presente el «*modelo 184. Declaración informativa anual*» completo y en formado pdf.

Por otro lado, la recurrente realizó las siguientes presentaciones en el Registro electrónico del órgano de contratación:



- El 13 de marzo de 2020, presentó, en lo que respecta a la solvencia económica y financiera la declaración del Impuesto de la Renta de Personas Físicas (IRPF) correspondiente al ejercicio de 2018.
- Los días 4 y 5 de mayo de 2020, las declaraciones de IRPF, respectivamente, a los ejercicios de 2017 y 2019.
- El 8 de mayo de 2020, aportó una declaración jurada relativa a que su facturación anual en el año 2019 supera los 120.000 euros.
- El 19 y 21 de mayo de 2020, presenta documentación relativa a un recibo de la póliza de un seguro de responsabilidad civil en vigor y un certificado relativo a las cuentas anuales -modelo 184- de la sociedad civil AGRÍCOLA HERMANOS BUIZA S.C. de la que la recurrente afirma ser socio y representante.

De lo anterior, queda claro que no es cierto que la mesa de contratación no realizara ningún requerimiento previo a la exclusión de la recurrente. En este sentido -y como se ha podido comprobar- la recurrente tuvo conocimiento de la documentación que la mesa le solicitó para acreditar, entre otras cuestiones, su solvencia económica y financiera. Tanto es así, que la recurrente llegó a realizar al menos 6 presentaciones de documentación en el Registro del órgano de contratación, documentación -que según se indica en el informe- tuvo en cuenta la mesa de contratación de forma previa a acordar su exclusión. Por tanto, teniendo en cuenta todo lo anteriormente argumentado procede la desestimación de este motivo de recurso.

SÉPTIMO. Finalmente, la recurrente alega que la mesa de contratación debió de haberle dado la posibilidad de presentar aclaraciones sobre la documentación aportada.

Sobre lo anterior, el órgano de contratación argumenta que a la vista de los distintos correos electrónicos se puede comprobar que sí se le solicitaron aclaraciones a la documentación presentada.

En cualquier caso, se debe partir de que, según consta en el acta de la mesa de contratación de 3 de junio de 2020, la recurrente fue excluida ya que a la vista de la documentación presentada no cumplía con los requisitos de solvencia económica y financiera establecidos en el PCAP.

Se ha de tener en cuenta que el presupuesto para que la mesa de contratación o el órgano de contratación solicite aclaraciones a una determinada entidad -artículos 95 de la LCSP y 22 del RGLCAP- es que necesite



aclarar determinados aspectos sobre el cumplimiento de un determinado licitador de los requisitos, entre otros, de aptitud o solvencia exigidos en los pliegos y ello porque de la documentación aportada dicho cumplimiento le suscite algún tipo de duda. En lo que atañe al objeto de la controversia y a la vista de la documentación analizada no se aprecia infracción en la actuación de la mesa de contratación ya que esta no necesitaba aclaraciones adicionales sobre la documentación presentada, como a continuación se argumentará.

En este sentido, los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera exigidos quedan regulados en la cláusula 5.4. del PCAP de la siguiente forma:

«En el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia económica y financiera de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa del importe mínimo, expresado en euros, de cada uno de ellos. En su defecto, la acreditación de la solvencia económica y financiera se efectuará según lo dispuesto a tales efectos en el apartado 1 del artículo 65 de la Ley.»

Sobre lo anterior, el anuncio de la licitación publicado en el perfil de contratante el 12 de diciembre de 2019 establece que el medio de acreditación de la solvencia económica y financiera será el siguiente:

«Cifra anual de negocio - Volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior a 1,25 del valor del lote adjudicado.»

Volviendo a la cláusula 5.4. del PCAP esta establece: *«El volumen anual de negocios del licitador o candidato se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil o aportarán una declaración indicando el volumen de negocios mediante la Declaración del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.»*



Queda claro, que al ser la recurrente una persona física -y no una entidad mercantil- para acreditar su solvencia económica y profesional debía presentar una declaración relativa al volumen anual de negocios reflejados en el IRPF de los tres últimos ejercicios disponibles, ascendiendo en alguno de ellos a un importe igual o superior al 1,25% del valor del lote adjudicado. Figura en el acta de la sesión de la mesa de contratación, de 3 de junio, que la recurrente no cumple con el requisito exigido al no llegar la cifra de negocios en ninguno de los tres ejercicios al importe exigido, afirmación que este Tribunal ha podido comprobar.

Por otro lado, se ha manifestar que tanto la declaración jurada de facturación no acorde con las declaraciones del IPRF, como el recibo de la póliza de un seguro de responsabilidad civil o la presentación de las cuentas de una sociedad civil en la que la recurrente es socio, son medios no válidos en este procedimiento puesto que no están recogidos en el PCAP para poder acreditar la solvencia económica o financiera.

En este punto es pertinente referirnos, en primer lugar, al artículo 139 de la LCSP que dispone *“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, (...)”*. En este sentido, como viene expresando la ya reiterada doctrina de este Tribunal (v.g., por mencionar la más reciente, la Resolución 340/2020, de 15 de octubre) los pliegos que rigen el contrato son *“lex inter partes”* o *“lex contractus”* y vinculan a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas.

Pues bien, como anteriormente se ha reproducido, el único medio de acreditación de la solvencia económica en el presente procedimiento de contratación queda establecido en la cláusula 5.4. del PCAP que exige en lo que atañe al presente supuesto: *«una declaración indicando el volumen de negocios mediante la Declaración del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas»*. En definitiva, la actuación de la mesa de contratación no infringió el principio de proporcionalidad dado que de la documentación aportada por la recurrente se infería sin género de dudas que esta no podía acreditar la solvencia económica y financiera exigida en el PCAP no procediendo, por tanto, solicitar aclaraciones complementarias al respecto. En consecuencia, la recurrente fue correctamente excluido del procedimiento de licitación, por lo que procede la desestimación del recurso.



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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar recurso especial en materia de contratación interpuesto por **A.G.B.** contra el Decreto 1328, de 4 de junio de 2020, del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato denominado “Suministro de todos los materiales de construcción destinados a la ejecución de obras por Administración dentro del Programa de Fomento de Empleo (PFOEA 2019)” (Expte. 6340/2019), respecto del lote 3.2., convocado por el Ayuntamiento de Lora del Río (Sevilla).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto del lote 3.2..

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

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

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

