

Recurso 212/2020

Resolución 421/2020

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

Sevilla, 26 de noviembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **RIGHT OPTION, S.A.P.** contra su exclusión del procedimiento de adjudicación denominado “Servicio de asistencia a víctimas de Málaga y provincia” (Expte. 2019/675449), convocado por la Delegación Territorial de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local en Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 3 de junio de 2020, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea n.º 2020/S 106-257113 el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento. Asimismo, el anuncio fue publicado el 4 de junio de 2020 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, día en que, asimismo, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 1.082.142,82 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (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 (en adelante Real Decreto 817/2009) 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. El 9 de julio de 2020 tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que, entre otras actuaciones, se acuerda la exclusión de la entidad RIGHT OPTION, S.A.P. El acta de la mencionada sesión fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la mencionada entidad el 10 de julio de 2020.

CUARTO. El 31 de julio de 2020, tuvo entrada en el Registro electrónico del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto contra su exclusión por parte de RIGHT OPTION, S.A.P. (RIGHT, en adelante). Además, la recurrente solicita en su escrito la suspensión del procedimiento de licitación.

Con fecha 10 de agosto de 2020, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal oficio del órgano de contratación dando traslado del recurso interpuesto; además, remite el informe sobre el mismo así como sobre la medida cautelar solicitada, el expediente administrativo y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

QUINTO. El 27 de agosto de 2020, este Tribunal dictó resolución adoptando la medida cautelar de suspensión del procedimiento solicitada por la recurrente.

SEXTO. Mediante escritos de 4 de septiembre 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, habiéndolas presentado la entidad ASOCIACIÓN FACILITA.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 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.

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.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el acuerdo de exclusión adoptado en el procedimiento de licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado b del artículo 50.1 de la LCSP dispone 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, consta que la notificación de la exclusión fue remitida y notificada a la recurrente y publicada en el perfil de contratante el 10 de julio de 2020, por lo que el recurso presentado ante el órgano de contratación, el 31 de julio de 2020, se ha interpuesto dentro del plazo legal.



QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar la controversia suscitada en el mismo.

La recurrente manifiesta que fue excluida del procedimiento de contratación, tras el correspondiente trámite de subsanación, por no confeccionar de forma adecuada el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) que debía formar parte del sobre nº1 de su oferta. Sobre lo anterior, la entidad RIGHT denuncia que su exclusión no fue conforme a derecho ya que a su juicio cumplió con lo que la mesa de contratación le exigió en el requerimiento de subsanación y que, en cualquier caso, esta pudo acceder a los datos correspondientes a su capacidad y solvencia al haber autorizado la recurrente el acceso a los correspondientes registros oficiales. Además, argumenta que la decisión de su exclusión fue adoptada por la mesa de contratación de forma incorrecta ya que la competencia la tiene el órgano de contratación.

Por todo ello, la recurrente solicita que se anule el acuerdo de exclusión impugnado, para que se la admita y se valore su oferta.

Pues bien, procede ahora reproducir aquellas partes del expediente necesarias para centrar el debate y a continuación analizar el objeto de la controversia.

En la cláusula 9.2.1. del PCAP se establece la documentación que debe formar parte del sobre 1 de las ofertas. Entre los distintos documentos a incorporar figura: *«a) Conforme a lo establecido en los artículos 140 y 141 de la LCSP se presentará una declaración responsable que se ajustará al formulario del Documento Europeo Único de contratación (DEUC) establecido por el Reglamento (UE) n.º 2016/7 (DOUE de 6/01/2016) accesible a través de la siguiente dirección <https://e.c.europa.eu/tools/espdl?lang=es>. El modelo se adjunta como anexo II».*

El 29 de junio de 2020 tuvo lugar la primera sesión de la mesa de contratación en la que se procede a analizar la documentación administrativa presentada por los distintos licitadores. Con relación a la oferta de RIGHT se indica: *«El DEUC no está completo y además no está firmado. En la parte I no indica el nº de referencia del expediente de contratación. Falta la parte II-B (información sobre los representantes del operador económico). Falta la Parte III (motivos/criterios de exclusión). Falta la Parte IV (bastaría la indicación global a todos los criterios de selección). Los anexos IV, V y VII tienen firma en PDF este formato no permite comprobar la autenticidad de la firma, por lo que debe presentarlos de nuevo con firma manuscrita o firma electrónica que tenga un código alfanumérico».* Según figura en el acta levantada al efecto, la mesa de contratación acordó conceder un



plazo de tres días naturales para que las entidades, entre las que se encontraba la recurrente, subsanaran la documentación presentada advirtiendo que si en el plazo concedido no se procedía a la subsanación quedarían excluidos del procedimiento de licitación.

El 9 de julio de 2020, tuvo lugar la segunda sesión de la mesa de contratación en la que se procede a examinar la documentación presentada por las entidades licitadoras en el trámite de subsanación. En lo que aquí interesa, en el acta se menciona que el DEUC presentado por la entidad RIGHT sigue estando incompleto en su parte IV. Sobre lo anterior, se indica que si bien en el requerimiento de documentación -anteriormente reproducido- se permite que el licitador pueda hacer una: *«indicación global a todos los criterios de selección»* la entidad optó por cumplimentar la totalidad de la parte IV del DEUC -secciones A, B, C y D- estando la sección C, relativa a la capacidad técnica y profesional, incompleta.

En desarrollo de lo anterior, en la mencionada acta, de 9 de julio de 2020, se alude al apartado 5 del anexo I del PCAP que permite que los licitadores puedan realizar una: *«Indicación global relativa a todos los criterios de selección en el Documento Europeo Único de Contratación (sección A, parte IV)»* y se manifiesta que, sin embargo, la entidad RIGHT no utilizó esta vía y optó por cumplimentar la totalidad de la parte IV del DEUC, estando la sección C incompleta, por lo que -según se indica- la mesa de contratación no pudo concluir si el licitador reunía todas las condiciones de capacidad y solvencia para ser adjudicataria y acordó su exclusión del procedimiento de adjudicación.

Sobre lo anterior, la recurrente se alza contra su exclusión argumentando, en síntesis, lo siguiente:

- Que en el requerimiento de subsanación en ningún momento se indica que se deba acreditar el cumplimiento de las condiciones de capacidad y solvencia, por lo que concluye, a la vista de la causa de exclusión, que este requerimiento fue genérico o insuficiente.
- Que para la cumplimentación del DEUC se valió de la asistencia técnica que le proporcionó telefónicamente el servicio de contratación y que este le indicó que la parte IV del DEUC se podía cumplimentar realizando una indicación global de los criterios de selección.
- Que la mesa de contratación pudo acceder al Registro de Licitadores para verificar si la recurrente cumplía o no con las condiciones y requisitos de capacidad y solvencia establecidos en el PCAP al haber autorizado en el propio DEUC al órgano de contratación para que pueda realizar las verificaciones oportunas con relación a su capacidad técnica.



- Que en cualquier caso su exclusión del procedimiento de licitación debió ser acordada por el órgano de contratación y no por la mesa al carecer de competencia para ello.

SEXO. Vistos los motivos de impugnación contenidos en el escrito de recurso procede ahora entrar a analizar el objeto de la controversia.

Pues bien, en primer lugar la recurrente denuncia que el requerimiento de subsanación realizado por la mesa de contratación fue genérico e insuficiente.

Como anteriormente se ha indicado, la recurrente fue excluida por presentar en fase de subsanación la parte IV del DEUC de manera incompleta, en concreto, por no haber incluido la información necesaria dentro de la sección C: capacidad técnica y profesional.

En este sentido, se debe indicar que consta en el acta de la sesión de la mesa de contratación, de 29 de junio de 2020, sobre el concreto motivo por el que posteriormente se excluye a la recurrente, el siguiente requerimiento de subsanación: *«parte IV (bastaría la indicación global a todos los criterios de selección)»*.

Dicho requerimiento se encuentra en consonancia con lo establecido en el apartado 5 del anexo I del PCAP que permite que los participantes a esta licitación puedan realizar una indicación global relativa a la parte IV del DEUC.

Sobre lo anterior, y como el órgano de contratación argumenta en su informe al recurso, en el requerimiento de subsanación a la entidad RIGHT se indica que respecto a la parte IV del DEUC *«bastaría la indicación global»* porque se está haciendo referencia a la posibilidad que se encuentra reflejada en el primer apartado de la parte IV del DEUC -que aparece reproducido en el anexo II del PCAP-: *«cumple los criterios de selección requeridos»* señalando una de las siguientes respuestas: *«_sí _no»*, de forma que el licitador que cumplimente esta opción de forma afirmativa no tiene que proporcionar ninguna otra información adicional en la parte IV a la hora de cumplimentar el documento sin perjuicio, lógicamente, de las comprobaciones posteriores que se realicen.



En la documentación que obra en el expediente administrativo y en concreto en el documento DEUC que presentó la recurrente en el trámite de subsanaciones se observa que no se encuentra recogida esta opción «la indicación global» por lo que -según se indica en el acta de la sesión de 9 de julio- la mesa de contratación concluye que la entidad RIGHT opta por no utilizar esta vía lo que conlleva que se tengan que cumplimentar cada una de las secciones que constituyen la parte IV del DEUC, de tal suerte que al apreciar que la sección C del documento presentado por RIGHT no figura la información requerida y al no ser posible solicitar una segunda subsanación, acuerda excluirla del procedimiento de licitación.

Sobre la concreción del requerimiento de documentación en el trámite de subsanación por parte de la mesa de contratación este Tribunal considera que el mismo resulta suficiente. En este sentido, se debe de partir de que se indica en la notificación que la subsanación en el extremo controvertido se puede realizar por medio de la indicación global a todos los criterios de selección en la parte IV del DEUC y que un licitador suficientemente informado y diligente debía de saber a la posibilidad a la que se estaba refiriendo, ya que la misma se encuentra recogida en los anexos I y II del PCAP.

Además y como el órgano de contratación afirma en su informe al recurso, en el mismo anexo II del PCAP se facilitan vías de acceso a información sobre como cumplimentar el DEUC, así se indica: «Una mayor información sobre cómo cumplimentar el DEUC se encuentra en los siguientes documentos:

- El Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del DEUC está disponible en la página web <https://www.boe.es/doue/2016/003/L00016-00034.pdf>.

- Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado a los órganos de contratación en relación con la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva directiva de contratación pública: <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Contratacion/Junta%20Consultiva%20de%20Contratacion%20Administrativa/Paginas/default.aspx>.

- Enlace al formulario electrónico Documento europeo único de contratación (DEUC):
<https://ec.europa.eu/growth/toolsdatabases/espd/filter?lang=es>»

A la vista de todo lo anterior, este Tribunal concluye que efectivamente el requerimiento efectuado por la mesa de contratación fue suficientemente concreto para que un licitador normalmente diligente e informado pudiera comprender lo que se le estaba solicitando; por tanto, procede la desestimación de este motivo de recurso.



En segundo lugar la recurrente argumenta que se valió del asesoramiento técnico del servicio de contratación que le atendió para la confección del DEUC y que le mencionó que respecto a esta parte IV bastaría la indicación global a los criterios de selección.

Sobre esta cuestión el órgano de contratación en su informe al recurso argumenta que la información telefónica que se le suministró al recurrente se limitó a cuestiones relacionadas con el lugar y forma de presentación de la documentación pero que en ningún caso versaron sobre el modo en el que se tenía que cumplimentar el DEUC. A su juicio, la confección incompleta del DEUC por parte de la recurrente no se debió a instrucciones confusas o equivocadas del servicio de contratación sino a la interpretación incorrecta que la entidad RIGHT hizo de la expresión *«bastaría la indicación global a todos los criterios de selección»* al considerar que le permitía cumplimentar de forma laxa e incompleta la parte IV del DEUC y a su falta de diligencia a la hora de subsanar el documento, puesto que tenía múltiples recursos disponibles para aclarar dudas al respecto y pudo haber marcado el ítem correspondiente en lugar de tener que rellenar todas las secciones.

En este sentido, se ha de considerar que la recurrente alude a una conversación que tuvo con el personal del servicio de contratación pero no aporta ningún tipo de acreditación al respecto. Sobre lo anterior, este Tribunal considera que si la entidad RIGHT tenía dudas sobre como rellenar el mencionado DEUC pudo hacer consultas por escrito al respecto; sin embargo, no existe constancia en el recurso de que así lo hiciera. En cualquier caso, la recurrente afirma que el personal del servicio de contratación le indicó que respecto a la parte IV del DEUC bastaba con que realizara la indicación global, lo cual es correcto; por lo demás y como argumenta el órgano de contratación, la cuestión es que aparentemente la recurrente desconocía la opción que le hubiera permitido completar esta parte del DEUC con una indicación global.

Por tanto, teniendo en cuenta que no queda probado que el correspondiente servicio del órgano de contratación facilitara a la recurrente una información incorrecta sobre como debía subsanar la documentación y en tanto que la cumplimentación defectuosa de la parte IV del DEUC se debió únicamente a la falta de diligencia de RIGHT a la hora de confeccionarlo, este Tribunal acuerda que procede también la desestimación de este motivo de recurso.



En tercer lugar, la recurrente argumenta que la mesa de contratación pudo acceder al Registro de Licitadores para verificar si cumplía o no con las condiciones y requisitos de capacidad y solvencia establecidos en el PCAP al haberlo así indicado en el propio DEUC.

Sobre esta cuestión, el órgano de contratación en su informe al recurso alega que no es posible otorgar a la recurrente un nuevo trámite de subsanación sin contravenir lo preceptuado en los artículos 141.2 de la LCSP y el 81.2 del RGLCAP y que tampoco es posible el acceso a los datos de la recurrente recogidos en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Andalucía ya que la consulta en este registro por parte de la mesa o del órgano de contratación procede en un momento posterior, con carácter previo a la adjudicación, una vez que la propuesta de adjudicación de la mesa ha sido aceptada por el órgano de contratación. A su juicio, el acceso a estos datos en la fase de subsanación vulneraría los principios de no discriminación e igualdad de trato con respecto al resto de empresas licitadoras.

Pues bien, sobre situaciones similares a la presente ya ha tenido la ocasión de manifestarse este Tribunal, así en la Resolución 222/2020, de 26 de junio, se indica que se ha de tener presente que el apartado a) del artículo 140.1 de la LCSP dispone -sobre la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos- que: *«Las proposiciones en el procedimiento abierto deberán ir acompañadas de una declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación de conformidad con lo indicado en el artículo siguiente».*

Asimismo, el artículo 141 de la LCSP establece: *«1. Los órganos de contratación incluirán en el pliego, junto con la exigencia de declaración responsable, el modelo al que deberá ajustarse la misma. El modelo que recoja el pliego seguirá el formulario de documento europeo único de contratación aprobado en el seno de la Unión Europea, sin perjuicio de lo establecido en la letra c) del apartado 4 del artículo 159.*

2. En los casos en que se establezca la intervención de mesa de contratación, esta calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior.

Cuando esta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija.».

Con relación a ambos preceptos el artículo 326 de la LCSP regula las funciones de la mesa de contratación, encontrándose entre ellas la siguiente: *«calificación de la documentación acreditativa del*



cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación.»

En este mismo sentido, el artículo 7.1.b) del Decreto 39/2011, de 22 de febrero, que establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y regula el régimen de bienes y servicios homologados, atribuye a las mesas de contratación, entre otras, la siguiente función: *«b) Determinar las empresas o profesionales licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares».*

Por su parte la cláusula 9.2.1. del PCAP, exige -en los términos anteriormente reproducidos- que dentro del sobre 1 de cada oferta figure el DEUC debidamente cumplimentado que se adjunta como anexo II.

De lo anterior, resulta claro que la entidad RIGHT debió confeccionar el DEUC en los términos exigidos; por tanto, teniendo en cuenta que la recurrente incumplió con la obligación establecida en el artículo 141.2 de la LCSP la mesa de contratación le concedió trámite de subsanación en aplicación de ese mismo precepto. Sin embargo, como hemos venido argumentando la entidad no presentó la documentación de la forma exigida, por lo que la mesa procedió a acordar su exclusión en la forma establecida en los reproducidos artículos 326 de la LCSP y 7.1.b) del mencionado Decreto 39/2011.

Se ha de tener en cuenta que la exclusión se produjo por la falta de diligencia de la recurrente a la hora de elaborar el documento, errores que tuvo la ocasión de enmendar, y como este Tribunal ha indicado en otras ocasiones, no resulta procedente trasladar esa falta de diligencia al órgano o a la mesa de contratación puesto que ello supondría una clara infracción del principio de igualdad. Por lo anteriormente argumentado, no se puede aceptar -como solicita la recurrente- que la mesa de contratación tenga que indagar si reunía o no las condiciones de solvencia y, en cualquier caso, la cuestión no es si la entidad disponía o no de la solvencia exigida -situación que se analiza de forma previa a la adjudicación- sino de si había o no cumplimentado de forma correcta el documento DEUC en el que se realizan una serie de declaraciones que serán comprobadas, en su caso, en un momento posterior.



Por tanto procede también la desestimación de este motivo de recurso.

Finalmente, la recurrente argumenta que su exclusión del procedimiento de licitación debió ser acordada por el órgano de contratación y no por la mesa al carecer de competencia para ello.

Sobre esta cuestión, se debe tener en cuenta que el apartado 2 del anteriormente reproducido artículo 326 de la LCSP establece las funciones de las mesas de contratación, entre ellas se encuentra la siguiente:

«a) La calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación» y en la misma línea el artículo 7.1.b) del Decreto 39/2011, reproducido anteriormente y que establece *«b) Determinar las empresas o profesionales licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares»*.

De lo anterior, queda claro que la mesa de contratación sí tiene competencia para excluir a un licitador; en lo que aquí interesa, el propio artículo 141 de la LCSP prevé que la mesa de contratación calificará la declaración responsable -el DEUC- y el propio artículo 326 de la LCSP establece que esta podrá acordar la exclusión de los licitadores que no acrediten el cumplimiento previo trámite de subsanación. Por todo lo anterior, procede la desestimación también de este motivo de recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **RIGHT OPTION, S.A.P.** contra su exclusión del procedimiento de adjudicación denominado “Servicio de asistencia a víctimas de Málaga y provincia” (Expte. 2019/675449), convocado por la Delegación Territorial de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local en Málaga.



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 mediante Resolución de 27 de agosto de 2020.

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.

