

Recurso 419/2020

Resolución 263/2021

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

Sevilla, 1 de julio de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **UNEI INICIATIVA SOCIAL, S.L.**, contra el acuerdo de la mesa de contratación celebrada el día 16 de noviembre de 2020, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de control de locales, parques y patios de colegios públicos mediante la inserción socio-laboral de personas en situación de discapacidad” (Expte. 5398/2020), promovido por el Ayuntamiento de Atarfe (Granada), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 8 de octubre de 2020, 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 y el 9 del mismo mes en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 627.515,18 euros.

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. La mesa de contratación, en sesión de 16 de noviembre de 2020, acordó la exclusión de la entidad UNEI INICIATIVA SOCIAL, S.L. (en adelante UNEI) del procedimiento de licitación del contrato mencionado en el encabezamiento.

CUARTO. El 2 de diciembre de 2020, se presentó en el Registro del órgano de contratación, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por dicha entidad, contra el acuerdo antes mencionado, por el que se excluye de la licitación la proposición presentada por PROAZIMUT, S.L.U. (anterior denominación social de la entidad UNEI) del contrato antes mencionado.

QUINTO. Posteriormente, el 15 de diciembre de 2020, tiene entrada en el Registro de este Tribunal oficio procedente del órgano de contratación por el que se remite el recurso especial presentado junto con el informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

SEXTO. El 21 de enero de 2021, se adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación, solicitada por la recurrente.

SÉPTIMO. Posteriormente la Secretaría del Tribunal remitió escrito al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles, a computar desde el día siguiente al citado envío, para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, sin que se hayan recibido en el plazo conferido.

OCTAVO. El 17 de junio de 2021, se solicitó al órgano de contratación documentación complementaria imprescindible para la resolución del recurso.



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.

En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el Ayuntamiento de Atarfe (Granada) no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, habiendo además 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, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la entidad 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, conforme al análisis sobre el fondo del asunto que se realizará en los fundamentos de derecho quinto y sexto de esta resolución.

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 (en adelante PCAP), es un contrato de servicio cuyo valor estimado asciende a 627.515,18 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y es objeto del recurso el acuerdo de exclusión de la oferta a 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 contra el acuerdo de exclusión de la oferta, 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 acuerdo de exclusión de la oferta de la entidad recurrente le fue notificado el 18 de noviembre de 2020, por lo que el recurso presentado contra el mismo el 2 de diciembre de 2020 en el registro del órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado.

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.

La recurrente interpone el presente recurso solicitando que se acuerde anular el acuerdo de exclusión de UNEI y *“Ordenar al Ayuntamiento de Atarfe que retrotraiga las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la exclusión de UNEI (apertura del sobre B) y le confiera un plazo de tres (3) días hábiles para que se aclare o subsane su oferta en los términos que exija la mesa de contratación”* .

El acuerdo que se recurre fue comunicado a la ahora recurrente desde la plataforma de contratación: *“Se comunica el resultado de la calificación administrativa, admitiéndose a las empresas presentadas salvo Proazimut, S.L.U., ya que:*

La empresa que se ha presentado es Proazimut, S.L.U., con CIF n.º B-61410825.

No aporta DEUC.

Aporta dos DEUC, de las empresas:

INEI Iniciativa Social, S.L.U., con CIF n.º B-61.410.825

ILUNION OUTSOURCING, S.A., con CIF n.º A-78.601.945

Ambas empresas declaran no estar participando en el procedimiento de contratación junto con otro operador económico.”.

La recurrente alega, en resumen, que *“la decisión de la Mesa de Contratación de excluir la oferta de UNEI, sin concederle le posibilidad de subsanar su oferta (Sobre A), es absolutamente desproporcionada y debe ser revisada por el Tribunal a fin de evitar que se excluya la oferta de un licitador que cumple todos los requisitos previos necesarios para resultar adjudicatario del Contrato, vulnerándose así los más elementales principios de libre concurrencia y fomento de la competencia.”* .



En su defensa, la recurrente afirma que *“la Sociedad que concurrió a la licitación fue UNEI, anteriormente denominada PROAZIMUT, pero como aún no se había modificado este dato (la denominación social) en la Plataforma de Contratación del Sector Público, formuló su oferta empleando la denominación anterior de PROAZIMUT.”*.

A efectos probatorios, adjunta al escrito de recurso, copia de la escritura otorgada el 30 de octubre de 2020 ante notario, en la que se eleva a público el cambio de denominación social, manteniendo los datos identificativos de la entidad, entre los que se encuentra el código de identificación fiscal (en adelante CIF), que también aporta, el domicilio social, etc.

En cuanto a la inclusión del DEUC de ILUNION OUTSOURCING, S.A. (en adelante ILUNION) en el sobre A, la recurrente sostiene que al formular su oferta, decidió acreditar la solvencia mediante su integración con los medios de ésta, por lo que en su DEUC marcó, en la casilla correspondiente, que *“Si”* se basaba en la capacidad de otras empresas, y que *“el DEUC de ILUNION desglosa el cumplimiento de los requisitos exigidos en cuanto a la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, mientras que en el DEUC de UNEI no se contiene dicho análisis”*.

Por último, la recurrente mantiene que *“no aportó el Anexo V porque consideró que, conforme a la cláusula 24 del PCAP, el contenido de dicho Anexo se incluía en las determinaciones que debían constar en el DEUC, de modo que si se daba cumplimiento al referido DEUC en los términos indicados (como hizo UNEI), la aportación del Anexo V no era necesaria, pues UNEI e ILUNION manifestaron, mediante sus respectivas declaraciones responsables (DEUCs), la voluntad de la primera de integrar su solvencia con los medios de la segunda.*

En cualquier caso, la omisión del Anexo V. caso de resultar exigible cuando la Integración de solvencia se hace constar expresamente en los DEUCs presentados por UNEI e ILUNION, sería perfectamente subsanable.”.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso mantiene que la exclusión de la oferta de la recurrente es conforme a derecho, corroborando el contenido del acta de la sesión de la mesa de contratación celebrada el 16 de noviembre de 2020, para la apertura y calificación de la documentación administrativa aportada por las licitadoras, en la que se hizo constar que:

“Se adoptan por la Mesa de Contratación, los siguientes acuerdos:



1º. La exclusión de la proposición presentada por Proazimut, S.L.U. al verificar que no aporta la declaración responsable mediante el DEUC, conforme a lo exigido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y la Ley de Contratos del Sector Público,

2º. No conceder plazo de subsanación o aclaración, entendiéndose que no procede pues no aporta ningún documento relativo a la empresa firmante de la proposición. No estamos ante un error material o ante algún aspecto de la declaración que fuere preciso aclarar. En caso de que se procediera a aportar documentación, supondría aportar nueva documentación y en consecuencia se le conferiría nuevo plazo de presentación, para un documento de una empresa diferente a la que obra en la plica.

La documentación contenida en el sobre electrónico A eran dos Documentos Únicos Europeos de Contratación de dos empresas diferentes a la empresa que se había presentado, siendo éstas:

- INEI Iniciativas Social, S.L.U. con CIF N.º B61410825
- ILUNION OUTSOURCING, S.A., con CIF N.º A78601945

En la declaración de estas empresas se hace constar que no están participando en el procedimiento de contratación junto con otras empresas.

La personalidad jurídica, la capacidad de obrar y la adecuada solvencia que debe declararse es la del sujeto que presenta la proposición y la de otros posibles licitadores con los que pudiera haberse agrupado; si bien presenta dos DEUC de dos empresas con las que no declara haber vínculo alguno, más aún, declaran que no están participando en el procedimiento de contratación junto con otras empresas.

La presentación de nueva documentación no sería aclaratoria o subsanatoria de la primera, sino que sería la presentación de una nueva proposición, diferente a la inicialmente presentada, por lo que contravendría el principio de igualdad con el resto de licitadores, así como la vulneración de las prescripciones exigidas por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el presente procedimiento.”.

SEXTO. Vistas la alegaciones de las partes procede analizar el fondo de la controversia. La cuestión a dilucidar es si la actuación de la mesa de contratación al excluir a la ahora recurrente, sin haberle concedido plazo de subsanación de defectos u omisiones, debe estimarse adecuada en orden a entender cumplidas las exigencias legales y del propio pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).



En primer lugar, se ha de poner de manifiesto, que es evidente la incorrecta o errónea presentación de la oferta de la recurrente. De una parte, por la evidente disparidad entre el nombre de la entidad que presenta la oferta en la plataforma de contratación, y los nombre de las entidades que formulan los DEUC incluidos en el sobre A. Si bien, es reprochable que la entidad ahora recurrente no tuviera la diligencia debida para realizar los cambios correspondientes en la plataforma de contratación tras el cambio de denominación social alegado, es cierto que éste se formalizó en escritura pública el día 30 de octubre de 2020, y la oferta se presentó el 12 de noviembre, sólo unos días después, ante lo cual, es posible que cualquier dificultad le impidiera realizar el trámite a tiempo de presentar la oferta a la presente licitación con la actual denominación social.

No obstante, la recurrente pudo haber tenido la suficiente diligencia para indicar en algún lugar del DEUC, o incluir en el sobre A, una aclaración respecto al cambio de denominación, que hubiera servido de aclaración a la mesa de contratación.

En cualquier caso, se trata de un defecto formal claramente subsanable, mediante la justificación antes expuesta.

Por otra parte, se ha de atribuir a la recurrente el error cometido en la cumplimentación del apartado del DEUC correspondiente al CIF de la entidad licitadora, en el que indicó como tal el n.º 61410825, en lugar del n.º 41610825. La correcta cumplimentación de dicho apartado hubiera permitido a la mesa de contratación comprobar con facilidad, que es el mismo CIF el de UNEI y el de PROAZIMUT, y en consecuencia, deducir que se trata de la misma entidad con distinta denominación. Así lo acredita la recurrente ante este Tribunal en vía de recurso, al aportar copia de la tarjeta de identificación fiscal en la que UNEI aparece con el n.º de CiF n.º 41610825. El mismo que se puede observar en el pantallazo de la presentación de la oferta en la plataforma de contratación, que ha remitido el órgano de contratación a este Tribunal.

Sin embargo, como podemos observar se trata de un mero error material, al cambiar de lugar los primeros dígitos del n.º CIF. Error que también comete la mesa de contratación en la comunicación de la exclusión a la recurrente, antes transcrita, y que hubiera sido posible advertir por la mesa de contratación, al menos para instar la subsanación.



Una vez aclarados dichos extremos, a la vista de la cumplimentación de los DEUC de UNEI y de ILUNION, en los que la primera había expresado que “Si” se basaría en la capacidad de otras entidades para cumplir con los criterios de selección indicados en su apartado IV “*Criterios de selección*” y los indicados en el apartado V “*Reducción del número de candidatos cualificados*”, en su caso, la mesa de contratación hubiera podido encontrar explicación a la inclusión de ambos DEUC en el sobre A.

Así, en el apartado C de la Parte II del DEUC relativa a la “*Información sobre el recurso a la capacidad de otras entidades*” se indica al licitador que:

“• Facilite un formulario de DEUC aparte, que recoja la información exigida en las secciones A y B de esta parte y de la parte III, por cada una de las entidades de que se trate, debidamente cumplimentado y firmado por las entidades en cuestión.

Tenga en cuenta que debe incluir además el personal técnico u organismos técnicos que no estén integrados directamente en la empresa del operador económico, y especialmente los responsables del control de la calidad y, cuando se trate de contratos públicos de obras, el personal técnico o los organismos técnicos de los que disponga el operador económico para la ejecución de la obra.

Siempre que resulte pertinente en lo que respecta a la capacidad o capacidades específicas a las que recurra el operador económico, incluya la información exigida en las partes IV y V por cada una de las entidades de que se trate.”.

Pues bien, respecto al alegato de la recurrente en el que señala que la mesa de contratación antes de excluirla debió haberle concedido plazo de subsanación de defectos u omisiones, este Tribunal, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la Sentencia de 6 de julio de 2004) y con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entre otras, en las Resoluciones 128/2011 de 27 de abril, 184/2011 de 13 de julio y 61/2013 de 6 de febrero), se ha pronunciado en varias ocasiones (entre otras muchas, en las Resoluciones 31/2013 de 25 de marzo, 123/2014 de 20 de mayo, 420/2015 de 10 de diciembre, 174/2016 de 27 de julio, 230/2017 de 3 de noviembre, 172/2019 de 23 de mayo y 184/2020 de 1 de junio) sobre el carácter subsanable de los defectos u omisiones de la documentación general acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que las entidades licitadoras tienen que aportar en los procedimientos de contratación, ex artículos 140 y 141 de la LCSP, consolidando una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en dicha documentación pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible.



En efecto, los defectos u omisiones que afectan a la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos del artículo 140 de la LCSP, entre ellos la cumplimentación del DEUC, o la aportación del anexo V, relativo al compromiso para la integración de la solvencia con medios externos, en el caso de que la mesa de contratación lo estime necesario, según la tradicional concepción de los mismos, son esencialmente subsanables (v.g. Resolución 305/2018, de 31 de octubre).

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que a la vista del criterio jurisprudencial consolidado por el Tribunal Supremo en la citada Sentencia, de 6 de julio de 2004, dictada en casación para unificación de doctrina -Recurso 265/2003-, 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 actualmente en el artículo 1 de la LCSP, la libre 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 (doctrina recogida en las Resoluciones de este Tribunal, entre otras, en la 38/2014, de 3 de marzo, 99/2016, de 13 de mayo, 22/2017, de 27 de enero, 309/2018, de 9 de noviembre y 72/2019, de 14 de marzo).

Por último ha de hacerse referencia al principio de proporcionalidad asentado por la jurisprudencia comunitaria -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 el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, que 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 (v.g. Resoluciones de este Tribunal 323/2016, de 15 de diciembre y 9/2019, de 17 de enero, entre otras). Asimismo, el principio resulta de alcance legal en la LCSP, 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*».



Así, conforme a la doctrina y jurisprudencia expuesta los defectos observados en la presentación de la oferta de la ahora recurrente, no constituyen motivo suficiente para su exclusión, sin al menos haberle dado la oportunidad de subsanar el defecto cometido.

En el supuesto examinado, ya se ha puesto de manifiesto que es perfectamente viable la subsanación de los defectos observados en la presentación de la oferta, sin que ello suponga la modificación de la misma o la aportación de documentación por parte de una entidad distinta de la que presentó la oferta, como ha presumido la mesa de contratación, evitando así la posibilidad de subsanación, pues UNEI y PROAZIMUT son la misma entidad.

En efecto, partiendo como se ha visto de la premisa de que los defectos u omisiones que afectan a la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos del artículo 140 de la LCSP son esencialmente subsanables, y teniendo en cuenta que 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 al principio de la libre concurrencia, así como que por el principio de proporcionalidad los actos de los poderes adjudicadores no deben rebasar los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, es por lo que la mesa de contratación con carácter previo a la exclusión de la entidad ahora recurrente, debió haberle requerido para que subsanara los defectos observados.

En consecuencia, en base a la consideraciones expuestas, procede estimar el recurso interpuesto.

La corrección de la infracción legal cometida ha de llevarse a cabo anulando el acuerdo de la mesa de contratación, de 16 de noviembre de 2020, de exclusión de la proposición de PROAZIMUT, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado, para que por la mesa de contratación se conceda a la ahora recurrente plazo de subsanación, previo requerimiento, de los concretos defectos u omisiones relativos a la presentación de oferta y la cumplimentación de la documentación a incluir en el sobre A, con continuación del procedimiento de adjudicación, conservando la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción.

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 **UNEI INICIATIVA SOCIAL, S.L.**, contra el acuerdo de la mesa de contratación celebrada el día 16 de noviembre de 2020, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de control de locales, parques y patios de colegios públicos mediante la inserción socio-laboral de personas en situación de discapacidad” (Expte. 5398/2020), promovido por el Ayuntamiento de Atarfe (Granada) y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

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 21 de enero de 2021.

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 personas 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.

