

Recurso 178/2021

Resolución 444/2021

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

Sevilla, 5 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INTEGRACIÓN TECNOLÓGICA EMPRESARIAL, S.L.** contra la resolución de adjudicación de 5 de abril de 2021, por la que se le notificaba la exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado “Prestación de servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de descalcificadoras” (Expte.CT340-20-068), promovido por VERIFICACIONES INDUSTRIALES DE ANDALUCÍA, S.A, ente instrumental público adscrito a la Consejería de Hacienda y Financiación Europea, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 27 de julio de 2020, se publicó en el D. O. U. E.¹ el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Previamente, con fecha de 6 de julio de 2020 el citado anuncio fue publicado en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 447.874,80 euros y entre las licitadoras que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y por el Reglamento General

¹ Diario Oficial de la Unión Europea.

de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento llevado a cabo por la entidad mercantil de carácter público, con motivo de la adjudicación del lote 1 del contrato, y tras la emisión de los correspondientes informes, el 20 de octubre de 2020, la mesa acordó proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato del lote 1 a la entidad recurrente y solicitar conforme a lo establecido en el Anexo 16 del Cuadro Resumen del PCAP, que aportaran, en el plazo de 10 días hábiles, todos los documentos acreditativos de la solvencia económica, financiera y técnica exigidos en la licitación, además del resto de documentos exigidos en dicho apartado.

Aportada la documentación por la entidad INTEGRACIÓN TECNOLÓGICA EMPRESARIAL, S.L., (ITE entidad recurrente), la Unidad de Mantenimiento y Eficiencia Energética de Verificaciones Industriales de Andalucía S.A., (VEIASA), tras analizar la misma, propone a la mesa su exclusión por no acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el personal adscrito al contrato, conforme a lo establecido en el apartado 5.5 del PPT.

Consta en la página 193 del expediente remitido acta de la mesa de contratación de 25 de febrero de 2021 por la que además de excluir a esta empresa se señala: *“Conforme a lo dispuesto en la cláusula 3.5 del PCAP, que dispone que de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al siguiente licitador, según el orden en que han quedado clasificadas las ofertas, proponer al Órgano de Contratación de VEIASA la adjudicación del Lote 1 del contrato relativo a la PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DE DESCALCIFICADORAS, Expediente número CT340-20-068, a la empresa (adjudicataria), por los importes recogidos en la tabla relacionada a continuación, más IVA, por haber presentado en su conjunto la proposición más beneficiosa para VEIASA en el Lote 1”*.

Asimismo acuerda solicitar a la empresa propuesta como adjudicataria que, conforme a lo establecido en el Anexo 16 del Cuadro Resumen y en el apartado 3.5 del PCAP aportase, en el plazo de 10 días hábiles, todos los documentos acreditativos de la solvencia económica, financiera y técnica exigidos en la licitación, además del resto de documentos requeridos en dicho apartado, de tal modo que el 5 de abril de 2021 se adjudica el contrato a la entidad finalmente adjudicataria, siendo notificada la resolución de adjudicación el 6 de abril de 2021.

CUARTO. El 27 de abril se interpone recurso especial en materia de contratación. La Secretaría de este Tribunal dio traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y le solicitó la remisión del informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. La documentación requerida tuvo entrada en el registro de este Tribunal.



Posteriormente, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndose recibido alegaciones del adjudicatario en el plazo conferido.

SÉPTIMO. La suspensión del acto de adjudicación ha operado durante la tramitación del presente recurso, de conformidad con lo previsto en el artículo 53 de la LCSP, sin que en ningún momento se haya solicitado el levantamiento de la suspensión por el órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

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. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto del lote 1, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

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 recurso se interpone contra la resolución de adjudicación, aunque sustantivamente recurre su exclusión, de un contrato de servicios convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, siendo susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso presentado el 27 de abril de 2021, en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legalmente previsto conforme al artículo 50.1 LCSP.



QUINTO. Sobre el fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

Una vez analizados los requisitos de admisión del recurso, resulta de interés exponer las siguientes actuaciones llevadas a cabo en la tramitación del procedimiento de adjudicación.

En el procedimiento de contratación, el anuncio de licitación se limitaba a remitirse a lo establecido en el PCAP sin especificar, ni los requisitos mínimos de solvencia, ni la documentación requerida para acreditar dichos requisitos. El PCAP en su apartado 2.5, exige que los licitadores *“...cuenten con la solvencia técnica y financiera que se describe en los Anexos 3 y 4 del cuadro resumen que se exige para la ejecución del presente contrato”,* añadiendo que *“deberán contar asimismo con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato y que se hace constar en el cuadro resumen. Asimismo, han de acreditar que su finalidad o actividad tiene relación con el objeto del contrato y que disponen de una organización con medios personales y materiales suficientes para la debida ejecución el contrato...”*.

La cuestión controvertida, es la exclusión de la entidad recurrente, inicialmente propuesta como adjudicataria. La cláusula 5.5 del PPT del contrato denominado “Prestación de servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de descalcificación”, dispone, bajo la rúbrica “Requisitos técnicos, humanos y logísticos exigidos a los licitadores”, el personal mínimo que debía aportarse al contrato, así como la necesidad de que dicho personal tenga una experiencia mínima de 3 años prestando el servicio.

Señala expresamente:

“Todo el personal para la ejecución del contrato deberá contar con una experiencia mínima de 3 años en la prestación de servicios de mantenimiento de descalcificadoras y tratamiento de aguas. Para la ejecución de los trabajos y por motivos de operatividad, se podrá exigir que deban siempre estar presentes, como mínimo, una pareja de operarios en el centro en el que se está realizando el mantenimiento preventivo o correctivo. (..).

Los licitadores deberán introducir en sus ofertas técnicas (Sobre 2) una declaración responsable conforme al Anexo 21 del Cuadro Resumen en la que se comprometen a ejecutar el contrato con los requisitos tanto de personal como de instalaciones recogidos en este apartado.

El licitador que tras el proceso de licitación sea propuesto como adjudicatario será requerido para que en el plazo de 10 días hábiles, y junto con el resto de documentación que se indica en la Cláusula 3.5 del PCAP, presente la siguiente documentación:

- La declaración responsable del Anexo 22 del CR en la que se recoja los datos concretos sobre el personal encargado de la ejecución del contrato.



En el supuesto de que transcurrido el plazo concedido no se atiende de forma correcta y suficiente con lo requerido se tendrá por desistido al licitador, pasándose a solicitar la documentación al licitador siguiente en la clasificación realizada, de conformidad con lo dispuesto en el PCAP”.

El Anexo 22 del PCAP recoge el modelo de declaración responsable correspondiente a la experiencia del personal adscrito al contrato, el cual señala expresamente que solo se entregará por la empresa requerida por ser propuesta como adjudicataria. En el mismo se recogía textualmente:

“Declara, bajo su personal responsabilidad:

“Conforme a lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) en su apartado 5.5 Requisitos técnicos, humanos y logísticos exigidos a los licitadores, que las siguientes personas cuentan con una experiencia mínima de 3 años en la prestación de servicios de mantenimiento de descalcificadoras y tratamiento de aguas”.

Continuaba dejando unos casilleros, para cumplimentar el perfil del personal a emplear, a fin de cumplimentar los datos, estableciendo un casillero para cada uno de ellos, el “periodo”, con relación a la descripción de los trabajos y otro destinado a la empresa. El Anexo no incluía indicaciones o leyendas que indicasen de qué forma habían de rellenarse los casilleros.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Señala que el problema se produce en la interpretación del cuadro donde se desglosa el personal que va a ejecutar el contrato donde ITE hace figurar como periodo, única y exclusivamente el que corresponde a la antigüedad de los trabajadores en su plantilla, lo que acredita que cuenta con los medios personales para ejecutar el contrato. Con algún trabajador se produce el problema de que contando con una experiencia superior a los 3 años requeridos su antigüedad en ITE no alcanza ese período. Sin embargo, para acreditar esa circunstancia de experiencia, está la declaración responsable.

A. En primer lugar, interpretamos que estima la recurrente (porque no lo dice expresamente) que la forma de proceder de la mesa es contraria a la interpretación de los pliegos. Así sostiene:

«“Resulta absurdo entender que el Administrador Único de una empresa como INTEGRACIÓN TECNOLÓGICA EMPRESARIAL, S.L. haga esa declaración bajo su personal responsabilidad y seguidamente reconozca la inveracidad de su declaración.

ITE al cumplimentar el desglose de personal incluido en el cuadro del Anexo 22, reseñó la antigüedad y experiencia que dicho personal tenía en la empresa, dando por supuesto, como no podía ser de otra manera, que era fácil



deducir que los que no tuvieran una antigüedad de 3 años en ITE, la tenían en otras empresas. Deducir lo contrario sería tanto como imputar un delito de falsedad a la persona que hacía la declaración responsable.

La acreditación de esta circunstancia hubiera sido sencilla si de acuerdo con el tenor literal del PCAP se le hubiera exigido por ser la oferta mejor valorada, esa justificación. Sin embargo, en el requerimiento recibido por ITE, NO SE EXIGE ninguna justificación adicional en relación con el personal, por lo que difícilmente puede entenderse incumplido este requisito. Deducir erróneamente que de los hechos incluidos en el cuadro del Anexo 22, ITE reconoce que su personal no cumple los requisitos de solvencia técnica exigidos por los pliegos, no solo resulta absurdo, sino que vulnera de forma clara y manifiesta el contenido de los pliegos y las normas del ordenamiento jurídico que regula la acreditación de la solvencia técnica y las causas de exclusión”. (...)»

B. En segundo lugar parece alegar la posibilidad de que ante la duda que genera el documento, le fuera planteada la posibilidad de la subsanación. Así señala:

“Podría plantearse una hipotética discrepancia en la interpretación de los pliegos y más concretamente en el Anexo 22 del Cuadro Resumen”. (...).

“El Anexo 22 recoge una Declaración Responsable y el cuadro para el desglose del personal que se va a adscribir al contrato se cumplimenta poniendo de manifiesto que todo el personal, forma parte de la plantilla de (la recurrente) en el momento de presentar la oferta. Existiendo una única casilla para cada persona, incluir la experiencia en otras empresas hubiera resultado muy forzado. Además, de acuerdo con el tenor literal del PCAP la justificación de esa experiencia era algo que correspondía hacer, no a través del cuadro, sino aportando, en el caso de ser la oferta mejor valorada, cuando el Órgano de Contratación NO REQUIRIÓ siempre justificación relativa a la experiencia del personal. En estas circunstancias, entender que ha existido falta de diligencia en la ahora recurrente, resulta de todo punto improcedente, particularmente si tenemos en cuenta que en el Expediente de Contratación al que nos referimos, se ha tenido que modificar 3 veces el Anuncio de licitación y que el Órgano de Administración en ningún momento ha solicitado la justificación de los requisitos en cuya falta de cumplimiento se basa la Resolución recurrida. Se puede concluir, por tanto, que la Resolución recurrida incumple lo establecido en los Pliegos, no sólo porque ITE cumple plenamente las exigencias de Solvencia Técnica requeridas, sino porque de lo actuado, no puede en ningún caso deducirse, que no ha acreditado dicho cumplimiento”

Termina su recurso solicitando que en consecuencia procede la anulación de la “... Resolución del Órgano de Contratación declarando el incumplimiento por ITE de la justificación de la Solvencia Técnica exigida por los Pliegos”, es decir, de la exclusión.

2. Alegaciones del órgano de contratación.



Señala que al rellenar la recurrente en el recuadro del Anexo 22 únicamente el periodo de pertenencia a la empresa licitadora, de ello se infiere, para el técnico competente y dos de los operarios, un manifiesto incumplimiento del requisito exigido. Es decir, manifiesta que ello ha sido consecuencia de una interpretación particular que se ha realizado de lo indicado en los pliegos, que no fue, en ningún momento, objeto de consulta o aclaración por su parte.

Expresa que tanto la empresa que ha resultado finalmente adjudicataria del Lote 1 como la empresa adjudicataria del Lote 2 han aportado correctamente cumplimentado el citado Anexo, acreditando la totalidad de los años de experiencia exigida, sin limitación alguna al periodo de trabajo únicamente en la empresa licitadora.

Alega que según el artículo 139 de la LCSP dispone que 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.

Alude a doctrina de este Tribunal (Resolución 14/2021, de 21 de enero), según la cual *“los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras. En este procedimiento no consta que los pliegos hayan sido impugnados y, por lo tanto, son firmes y vinculantes en cuanto a su contenido para todas las partes, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos”*.

Expresa igualmente que se ha actuado conforme a lo estipulado en el apartado 3.5 del PCAP, que dispone que: *“De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas”*.

Alude al principio de igualdad de trato, en base al cual adoptó los acuerdos que ahora se cuestionan, no pudiendo apartarse de lo establecido en los pliegos, como se recoge en la amplia doctrina de los Tribunales de Contratos. Igualmente alude a la doctrina que señala que la empresa licitadora, (Resolución 14/2021, de 21 de enero de este Tribunal) ha de asumir las consecuencias de la falta de diligencia en la presentación de su oferta.

Por último, trae a colación la reciente Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) 118/2021, de 12 de febrero, en la que se afirma que: *“no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta” (Resolución 016/2013).”*



Señala que *“de la documentación aportada se desprendía un palmario incumplimiento de los requisitos exigidos para el personal encargado de la ejecución del contrato; los datos aportados por la empresa ITE eran claros, no desprendiéndose de los mismos la necesidad de solicitar aclaración alguna por parte de la Mesa; y la información que ahora se recoge en los currículums que acompaña, la tendría que haber recogido en la documentación aportada en el plazo requerido”*. Finalmente concluye que ha actuado, *“primando por tanto el principio de igualdad de trato entre todos los licitadores, y considerando que se ha actuado conforme a las prescripciones fijadas en los pliegos de la licitación (que son la ley del contrato) y en la normativa aplicable”*.

3. Alegaciones del adjudicatario.

Se opone al recurso y se adhiere en gran parte a las alegaciones realizadas por el órgano de contratación.

SEXTO. Sobre el fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Estimamos que deben analizarse dos cuestiones, la primera es si eran claros los términos del pliego, con respecto al documento controvertido que había de cumplimentarse –Anexo 22-, y, por otro lado, la tramitación procedimental si ha sido respetuosa con la interpretación de los preceptos que regulan el requerimiento de los documentos acreditativos de los requisitos previos, y a su vez esto si es acorde con el principio de igualdad, y no discriminación.

1. En primer lugar, hay que poner de relieve los términos literales del Anexo 22 PCAP, éste contenía el modelo de declaración responsable correspondiente a la experiencia del personal adscrito al contrato, el cual señalaba expresamente que solo se entregará por la empresa requerida por ser propuesta como adjudicataria. En el mismo se recogía textualmente:

“Declara, bajo su personal responsabilidad:

“Conforme a lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) en su apartado 5.5 Requisitos técnicos, humanos y logísticos exigidos a los licitadores, que las siguientes personas cuentan con una experiencia mínima de 3 años en la prestación de servicios de mantenimiento de descalcificadoras y tratamiento de aguas”

Continuaba dejando unos casilleros, por perfil de personal a emplear, a fin de cumplimentar los datos, estableciendo un casillero para cada uno de ellos, el “periodo”, con relación a la descripción de los trabajos y la “empresa”.



El PCAP se limitaba en su apartado 2.5, a exigir que los licitadores “...cuenten con la solvencia técnica y financiera que se describe en los Anexos 3 y 4 del cuadro resumen que se exige para la ejecución del presente contrato”, añadiendo que “deberán contar asimismo con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato y que se hace constar en el cuadro resumen. Asimismo, han de acreditar que su finalidad o actividad tiene relación con el objeto del contrato y que disponen de una organización con medios personales y materiales suficientes para la debida ejecución el contrato ...”

Es decir, para el cumplimiento de los criterios de solvencia técnica exigidos en el propio PCAP establece que su concurrencia se declara únicamente a través de una declaración responsable, de tal modo que la acreditación solamente se exigirá al licitador en quien haya recaído la propuesta de adjudicación. Es decir, no le falta razón a la recurrente, cuando, observados el PCAP, y los Anexos 3 y 4 del Cuadro Resumen referenciados, sostiene que nada establecen éstos sobre la experiencia del personal adscrito al contrato, es decir lo único que les basta es la declaración responsable, sin ninguna acreditación fehaciente. Pudiendo entender que la acreditación de este requisito se caracteriza por su falta de exhaustividad, (dado que no se pedía nada más, ni una copia de la vida laboral), parece que la decisión de la mesa, de excluirla sin más, debería haber estado justificada en el sentido de que el órgano de contratación no pudiera considerar la posibilidad, en ningún caso, de que la entidad propuesta como adjudicataria pudiese cumplir con esa acreditación de la solvencia, algo que a simple vista parece difícil ya que solo se exigía una declaración responsable necesaria.

Debe añadirse que el documento presentado por la entidad recurrente a los efectos de cumplimentar el trámite del art. 150.2 LCSP, estima este Tribunal, contiene obviamente una contradicción, un error aparente. De ello se deduce que, la entidad recurrente realizó la declaración responsable que constituye el requisito del Anexo 22, de que el personal asignado a la ejecución del contrato tenía una experiencia de 3 años, (conforme al punto 5.5 del PPT e indirectamente en el Anexo 22 del Cuadro Resumen). Ciertamente, la laxitud del requisito de solvencia en este supuesto, contrasta con la rectitud y rigidez de la interpretación de este Anexo en la forma que lo ha cumplimentado la entidad recurrente, sostenido por el órgano de contratación, pues a juicio de este Tribunal sí es una declaración que genera dudas, dado el hecho de que la declaración al comienzo del Anexo expresando que sí cumple, contrasta con que después acto seguido se contradiga en el momento que la recurrente cumplimenta los cuadros referentes al personal técnico asignado. Es creíble por tanto que la entidad recurrente al cumplimentar el desglose de personal incluido en el cuadro del Anexo 22, reseñó la antigüedad y experiencia que dicho personal tenía en la propia empresa, dando por supuesto, que podría deducirse que los que no tuvieran una antigüedad de 3 años en la empresa recurrente la tenían en otras empresas. Algo que no es descartable a priori dado que lo que se establece a rellenar era un cuadro sin tener la ayuda de leyendas siquiera.



2. Consta en el expediente, en la página 187 y ss., el informe técnico de acreditación de la solvencia técnica y profesional de 1 de febrero de 2021, que tenía por objeto recoger el análisis de la documentación técnica presentada por las empresas propuestas como adjudicatarias, con la finalidad de valorar la acreditación de la solvencia técnica profesional conforme a los criterios establecidos en el Anexo 4 del Cuadro Resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en el punto 5.5.- Requisitos técnicos, humanos y logísticos exigidos a los licitadores del Pliego de Prescripciones Técnicas. Interesa resaltar el punto 3 referente a los antecedentes el cual señala que en la fase de adjudicación del procedimiento: *“Tras la propuesta de adjudicación por el órgano de contratación, se pide a las empresas (propuestas como adjudicatarias de ambos lotes) con fecha de 26/10/2020, la documentación necesaria que acredite la solvencia técnica requerida según anexo 4 del Cuadro Resumen y apartado 5.5. del PPT”*.

Interesa resaltar que el informe señala que *“las empresas propuestas como adjudicatarias hacen entrega de la documentación, mediante correo electrónico, **antes** de cumplir el plazo establecido del 9/11/2020”*.

El órgano de contratación podía haber procedido, dado que aportó la documentación antes de expirar el plazo de 10 días, si no a una ampliación de plazo, sí a advertir dicha circunstancia para ser aclarada, y puesto que aún disponía del tiempo necesario, pues se reconoce que el plazo de 10 días aún no había expirado, dados los términos del PCAP, sin que ello hubiera supuesto comprometer la igualdad de trato a los licitadores.

3. Asimismo se estima necesario destacar que el cuadro del Anexo 22, pese a la claridad que dice que se refleja en el mismo por parte del órgano de contratación, a la hora de expresar los periodos de experiencia, es cierto también que ante una declaración responsable que se dice que se cumple, y la aportación de unos datos donde únicamente figura una única empresa en todos los perfiles, puede deducirse razonablemente por el órgano de contratación que ello pudiera haber sido debido a que el Anexo no se haya entendido de la forma pretendida, siendo al menos extraño, interpretar por el órgano de contratación que todo el personal propuesto para cada uno de los perfiles solo haya trabajado en esa empresa, la entidad recurrente. Asimismo, la casilla de periodo podría haberse definido mejor, estableciendo en el recuadro la posibilidad de poner fechas de comienzo y de fin, de tal forma que se habría entendido mejor que podría establecerse más de un contrato, o bien estableciendo leyendas en el Anexo.

4. Estimamos, asimismo, que es paradójico, como hemos dicho, que, dada la incertidumbre en la acreditación de la solvencia, dejándose a declaraciones responsables, se sea tan tajante con la exclusión. Ello se podría haber salvado con la simple exigencia de certificados o bien a través de una vida laboral.

Este Tribunal estima que la falta subsanación requerida, no se debe únicamente a una pretendida falta de diligencia del licitador en atender al cumplimiento de lo preceptuado en el PCAP ante el requerimiento de la



presentación de la documentación previa. Observamos, además, en este caso, una serie de circunstancias en el órgano de contratación que deberían ser tenidas en cuenta, de tal modo que éste tenía a su alcance otras posibilidades antes de proceder a la exclusión, dado que como hemos apuntado, los términos del Anexo del PCAP no resultan del todo precisos. Es decir, estimamos que habría sido aconsejable proceder, en virtud del principio de proporcionalidad ex artículo 132 de la LCSP, por el órgano de contratación, a dar una solución menos gravosa, dando plazo de subsanación a la entidad recurrente antes que excluir de plano.

5. Se ha de abordar convenientemente el artículo 150.2 de la LCSP, que establece para el trámite que nos ocupa un plazo de diez días hábiles. En este precepto no se hace referencia a la posibilidad de subsanación, y ni la prohíbe ni la excluye. No obstante, en los supuestos del artículo 140 a) a c), respecto de los cuales, es de aplicación el 141.2 LCSP, se prevé cuando la mesa aprecie defectos subsanables, que esta dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija.

Toda la argumentación de la cuestión controvertida gira pues en torno a la exclusión del procedimiento de la empresa inicialmente propuesta como adjudicataria, la que presentó la mejor oferta, por no acreditar la solvencia, exigida además a través de declaración responsable e indicación de la experiencia a través de la cumplimentación de un cuadro modelo (sin llamadas, ni ejemplos indicativos que facilitare su cumplimentación). Las cuestiones son los efectos de la no cumplimentación, de forma correcta, así como los efectos preclusivos de éstos con relación al plazo inicial de presentación de documentos del art. 150.2 de la LCSP.

En el trámite del citado artículo 150.2 de la LCSP se requiere la presentación de la documentación a la recurrente. Esta documentación ha de presentarla como se ha dicho, en 10 días hábiles, los cuales vencían con posterioridad al momento en el que la entidad recurrente remitió inicialmente la documentación por correo electrónico. Es decir, antes de vencer ese plazo presentó toda la documentación, solo quedó esa declaración con un contenido contradictorio.

6. Respecto a las resoluciones invocadas por el órgano de contratación, cumple señalar que la doctrina que deriva de las mismas puede considerarse superada por la doctrina que este Tribunal ha ido desarrollando con posterioridad. Respecto a la subsanación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, se debe traer también a colación una reciente Resolución, la 961/2020, de 11 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en la que un supuesto concreto de constitución de la garantía definitiva fuera del plazo de cinco días hábiles de la tramitación urgente admite su presentación extemporánea haciendo aplicación de su doctrina, avalada por la jurisprudencia, que distingue los incumplimientos totales y graves de aportación de la documentación requerida de los incumplimientos simplemente defectuosos llegando a la conclusión de que la interpretación de la *“retirada injustificada de la oferta se limita a los incumplimientos totales de determinadas obligaciones, admitiendo la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones en la cumplimentación del*



requerimiento en determinados supuestos haciendo prevalecer el derecho de la empresa propuesta como adjudicataria, entendiendo que, después de haberse tramitado el procedimiento de licitación para escoger la oferta económicamente más ventajosa, no parece razonable rechazarla por existir algún error o imperfección en la documentación presentada. Así, en el caso de la constitución de la garantía definitiva, hemos considerado subsanable el defecto consistente en la constitución de una garantía por importe insuficiente, concediendo al efecto un plazo de tres días para la complementación de la garantía inicialmente constituida”...

“En nuestro caso se advierte como el licitador propuesto atendió en plazo el requerimiento salvo en lo referente a la constitución de la garantía definitiva, respecto de la cual vino a interesar una ampliación de plazo poniendo de manifiesto las circunstancias que le habían impedido su aportación”...

“En esta tesitura, no cabe sino apreciar la existencia de una efectiva voluntad del licitador de cumplir con el requerimiento, como a la postre ha quedado demostrado con la constitución de la garantía dentro de la ampliación de plazo otorgada, mediante efectivo, lo que además puede considerarse como un indicio que corroboraría las dificultades alegadas en cuanto a la obtención de aval bancario. Por lo tanto, el incumplimiento del plazo no supone en este supuesto un incumplimiento total sino limitado y parcial y, además, ajeno a la voluntad del licitador afectado, con lo que debe aplicarse, en la línea de la doctrina hoy consolidada de este Tribunal, una interpretación flexible del artículo 150.2 de la LCSP, teniendo por válidamente cumplimentado el trámite, sobre todo teniendo en cuenta las graves consecuencias que implica la declaración de tener por retirada la oferta que produce no solo la falta de adjudicación del contrato a la oferta más beneficiosa económicamente para la Administración sino incluso la imposición de una importante penalidad económica del 3% del presupuesto, por lo que debe reservarse tan sólo a los casos graves de incumplimiento voluntario y total de la obligación, lo que en este caso no se ha producido según hemos razonado”.

La subsanación es admitida por el Tribunal Central de Recursos Contractuales modificando su doctrina anterior desde la Resolución 747/2018, de 31 de julio, en base a una serie de argumentos admitiendo incluso la subsanación de la garantía incompletamente constituida. Los fundamentos de dicha resolución del TACRC pueden sintetizarse en tres consideraciones:

A.- En primer lugar, que no tiene sentido que tras un relativamente largo y costoso procedimiento para elegir al licitador que ha realizado la oferta económicamente más ventajosa, se le rechace de plano por existir algún error en la documentación presentada para poder realizar la adjudicación a su favor. Esta forma de actuar va en contra del interés general, que debe guiar siempre la forma de actuar de la Administración y con arreglo al cual deben interpretarse las leyes (artículo 103.1 de la Constitución).



B.- Que el artículo 150.2 de la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, establece en relación con este trámite, que *“de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediendo a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad”*. Adviértase del tenor del inciso que señala, *“se entenderá”*, estableciendo una presunción iuris tantum sobre la retirada de la oferta. Asimismo, téngase en cuenta esta presunción, pues al licitador que se le da por desistido en su oferta en este trámite no sólo pierde la posibilidad de que se le adjudique el contrato (siendo la empresa mejor valorada), sino que además se le puede imponer una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación.

C. El órgano de contratación en la resolución señala que admitir la subsanación de la documentación presentada por el licitador propuesto como adjudicatario no se considera que infrinja el principio de igualdad entre licitadores, pues es un trámite obligado para la Administraciones Públicas por la *“LPAC”*, y que por ello siempre se aplicará en el mismo sentido.

De acuerdo con los preceptos citados más arriba, y reproducida sintéticamente esta reciente posición doctrinal que sigue la misma línea argumental de este Tribunal, debemos concluir expresando que es subsanable la presentación de documentación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP. No obstante, la subsanación debe ser entendida como acreditación del cumplimiento de los requisitos en plazo, no como la concesión de un plazo complementario para dar cumplimiento a los mismos, algo que, en nuestro caso, se ha dado que solo consistía en cumplimentar una declaración responsable, que contenía un tenor aparentemente contradictorio.

7. A mayor abundamiento, respecto de la presentación de la declaración con posterioridad incluso al plazo de los diez días era tradicional no admitir la subsanación documental, siendo ello recogido en múltiples informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.²

Sin embargo, debe tenerse en cuenta el criterio mantenido por el TACRC e incluso por este Tribunal³ en base a la distinción entre incumplimientos totales e incumplimientos simplemente defectuosos, de tal modo que admitiría la presentación de esta declaración, apreciando la voluntad del licitador de cumplimentar el trámite y dadas las graves consecuencias derivadas de tener por retirada la oferta (posibilidad de penalidades) y el perjuicio al interés general de prescindir de la mejor propuesta tras una tramitación precisamente encaminada a la determinación de la misma.

2Informe 47/09, de 1 de febrero de 2010: “4. La cuestión de la subsanación de defectos u omisiones ha sido ampliamente considerada por esta Junta Consultiva en diversos informes cuya enumeración no debe traer como consecuencia una recopilación de los mismos. El criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable”.

³ Resolución 366/2021.



El artículo 150.2 de la LCSP dispone:

“Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71.

En el supuesto señalado en el párrafo anterior, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas”.

Es decir, la norma establece una presunción “iuris tantum” sobre la actitud reflejada del licitador propuesto como adjudicatario (“se entenderá que el licitador ha retirado su proposición”), es una presunción que asimila la no presentación de la documentación con la retirada de la proposición. Es la única interpretación posible, dado que la no presentación de la documentación se asimila a la no formalización del contrato en plazo por causas “imputables” al contratista, que igualmente se sanciona con el 3% del importe de licitación (artículo 153.3 LCSP). Entiende la Ley que la no presentación de la documentación es culpable, por causa imputable al mismo y, por ello, se le prevé sancionar. Si bien se ha de circunscribir al carácter de presunción, es decir que permite prueba en contrario.

Entendemos que de las circunstancias que rodean al expediente de contratación, y en concreto con la exclusión, no puede presumirse por el órgano de contratación que la entidad recurrente, dada la sencillez de la acreditación de la solvencia técnica, y la aparente contradicción en el propio documento, no estaba en condiciones de cumplir los requisitos.

8. En este caso, a la vista de lo anterior cumple realizar las siguientes conclusiones:



a) En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el requerimiento de subsanación podía haberse realizado antes de agotar el plazo de 10 días.

b) En segundo lugar, de conformidad con la doctrina del TACRC y de este Tribunal, compartimos que la falta de haber podido presentar la documentación correcta en plazo no es culpa únicamente de la recurrente, habiendo desplegado ésta toda la actividad requerida para la misma.

c) Por otro lado, interpretado el artículo 150.2 en el sentido dicho, carece de relevancia que la acreditación de la solvencia ante el órgano de contratación tenga lugar transcurridos los 10 días hábiles otorgado inicialmente, pues en cualquier caso queda acreditado que la recurrente no tenía intención de retirar la proposición y que la no presentación completa de la declaración responsable no le fue imputable al mismo únicamente.

La presunción de retirada de la proposición queda así destruida.

Más aún téngase en cuenta que el órgano de contratación podría haber procedido a requerir convenientemente a la recurrente para el cumplimiento en los términos y en el plazo dado para el cumplimiento de aportación de los documentos, respetando el plazo inicial de los diez días que no había expirado.

d) Excepcionalmente, en este supuesto, y teniendo en cuenta que hasta el órgano de contratación ha tenido que subsanar en diferentes ocasiones los anuncios de licitación, habría sido congruente haber procedido a ser más considerado con los errores de los licitadores, (principios de confianza legítima y buena fe), a efectos de que se entendiera posible el requerimiento de subsanación, no estimando que el incumplimiento del requisito de solvencia podría presumirse dadas las circunstancias.

9. Concluimos citando la Resolución del TACRC 747/2018, de 31 de julio, y la de este Tribunal 366/2021 (entre otras) que admite y postula un cambio radical de criterio, haciendo referencia a que es consciente de ello cuando señala en el fundamento de derecho sexto:

“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.../... Es preciso, por tanto, establecer una interpretación del artículo 151.2 del TRLCS (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.”

Señala el Tribunal que:

“Cumplimentar significa, según el DRAE, rellenar un impreso o poner en ejecución una orden superior. No significa cumplir perfectamente algo, en este caso lo requerido, sino simplemente poner en ejecución lo requerido, supuesto en el que existirá cumplimentación de lo ordenado, aunque no se haga perfectamente. El sentido anterior del texto citado deriva del hecho de que el precepto asocia una consideración determinada a la no cumplimentación, pero no a la cumplimentación aunque sea defectuosa o imperfecta. Y esa consideración no es que se rechace la oferta o se la excluya por no cumplimentar lo requerido el interesado, sino que se considera que el interesado ha retirado su oferta, efecto éste que no es el propio del cumplimiento defectuoso de trámites o, mejor dicho, de su cumplimentación defectuosa o imperfecta, ni en la Ley 39/2015, de PAC., ni en el TRLCSP, sino que la propia normativa de contratación pública lo vincula a la retirada expresa de la oferta, o a conductas de incumplimiento grave, que la ley equipara a aquélla..../... Pues bien, la técnica de equiparar determinadas conductas a la retirada injustificada de la oferta se limita a incumplimientos totales de ciertas obligaciones, y si el requerimiento no se cumple, todo ello al fin de ejecutar la garantía por las causas citadas, por lo que en nuestro caso solo concurre cuando no se cumple en modo alguno lo requerido o no se constituye en modo alguno la garantía definitiva en el plazo señalado. Solo en tal caso, estaríamos ante incumplimientos de gravedad suficiente para afirmar que se ha retirado la oferta y procede la incautación y ejecución de la garantía provisional, pero no en otro caso, pues el efecto atribuido si se cumple defectuosamente lo requerido, ya no recaería sobre su no cumplimentación sino sobre su cumplimentación defectuosa, supuesto en el que no cabe afirmar retirada alguna de la oferta, y solo cabría, en buena técnica, excluir la oferta por incumplimiento del trámite, efecto gravísimo y perjudicial para el interés público ante una conducta de cumplimiento defectuoso no grave sin que previamente se dé la oportunidad, como se prevé en la Ley 39/2015, de subsanar el defecto u omisión cometido por el interesado en el trámite conferido.../...El error es consustancial al ser humano, y resulta claramente desproporcionado rechazar de plano la mejor oferta seleccionada por no haber presentado perfectamente, en un primer momento, la numerosa documentación exigida.”.

El fundamento jurídico séptimo añade además respecto de la sanción de penalización del 3% del presupuesto base de licitación, que obliga a extremar el principio de proporcionalidad: “con la nueva LCSP el licitador que fracasa en este trámite no sólo pierde la posibilidad de que se le adjudique el contrato (siendo la empresa mejor valorada), sino que además se le puede imponer una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación (entiende este Tribunal que la penalidad sólo procede cuando el incumplimiento de los requisitos para ser adjudicatario es



grave y claro, y el licitador no ha actuado de buena fe y media dolo, culpa o negligencia). La existencia de esta penalidad hace necesario, más que nunca, que se conceda al licitador propuesto como adjudicatario la posibilidad de subsanar los errores cometidos al presentar su documentación.”

Por todo ello, en nuestro caso concreto no cabe afirmar que no se ha cumplimentado la acreditación de la solvencia, pues esto ha ocurrido en nuestro caso, si bien de forma incompleta, ya que lo procedente es exigir completar la información que corresponda con la declaración que sí constaba de los tres años de experiencia.

Todo ello a efectos del principio de confianza legítima y buena administración, debiendo tenerse en cuenta que aún, en el primer plazo de los 10 días, existía plazo adicional para requerirle por parte del órgano de contratación, dado que a la vista de la redacción del PCAP y de los documentos con los que contaba, no podía presumirse que se retiraba la oferta.

A su vez este Tribunal como también hemos argumentado, estima que los términos del PCAP, si bien pueden resultar claros en un lenguaje administrativo, especialmente para las personas u operadores jurídicos que habitualmente se relacionan con la Administración, bien por una relación funcional, de servicios o bien por participar recurrentemente en licitaciones, debe estimarse que, para aquéllos en quienes no concurren estas circunstancias pudiese no entenderse en estos términos. Lo demás ha sido ya abordado, estimando que el órgano de contratación tenía entonces otras opciones antes de proceder directamente a la exclusión de la entidad recurrente, teniendo en cuenta que era la que había presentado la mejor propuesta conforme a los pliegos. No podía presumirse la voluntad del contratista de retirar la oferta, pues su voluntad de cumplir con los pliegos resultaba clara, y ello le habría permitido presentar el documento del resguardo en plazo, dado que se le podría haber requerido para subsanar incluso dentro del plazo del artículo 150.2, el cual aún no había expirado.

Por todo ello procede la estimación del recurso.

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 **INTEGRACIÓN TECNOLÓGICA EMPRESARIAL, S.L.** contra la resolución de adjudicación de 5 de abril de 2021, por la que se le notificaba la exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado “Prestación de servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de descalcificadoras” (Expte.CT340-20-068), promovido por VERIFICACIONES INDUSTRIALES DE ANDALUCIA, S.A, ente instrumental público adscrito a la Consejería de Hacienda y Financiación Europea, a fin de que se proceda conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho



sexto de esta resolución, anulando resolución de adjudicación, y por ende la exclusión, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado.

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.

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.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a los interesados 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.

