

Recurso 261/2021

Resolución 2/2022

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

Sevilla, 14 de enero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **R.G.I. (ABA MOTRIL)**, contra la exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado “Concierto social para la prestación del servicio de Atención Infantil Temprana en Andalucía” (Expte. 2020-524487, 77/2020), respecto del lote: 4.A.3. Salobreña, convocado por la Consejería de Salud y Familias, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 11 de agosto de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato administrativo especial indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 182.482.944 euros. En dicho día los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil.

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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

En la trigésimo quinta sesión celebrada el día 13 de mayo de 2021, la mesa de contratación acordó la exclusión de la recurrente, R.G.I. (ABA MOTRIL), al no haber subsanado la documentación requerida para acreditar el cumplimiento de los requisitos previos para la licitación en el plazo concedido para ello. El acuerdo fue remitido a la recurrente y publicado en el perfil de contratante el 17 de mayo de 2021.

SEGUNDO. El 6 de junio de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por R.G.I. (en adelante ABA MOTRIL) contra el citado acuerdo de la mesa de contratación, de 13 de mayo de 2021, por el que se acuerda la exclusión del procedimiento de licitación. En su escrito la recurrente solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano.



El 17 de junio de 2021, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la ASOCIACIÓN GRANADOWN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación, respecto del lote 4.A.3. Salobreña, de un contrato administrativo especial 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 y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el acuerdo de exclusión fue adoptado por la mesa de contratación en sesión celebrada el 13 de mayo de 2021. El citado acuerdo fue remitido a la recurrente y publicado en el perfil de contratante el 17 de mayo de 2021. Por tanto, el recurso presentado en el Registro de este Tribunal el 6 de junio de 2021 se habría interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) y g) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

Con carácter previo al análisis de fondo del recurso, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, el contenido de las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de contratación que culminan con la exclusión de la oferta de la ahora recurrente, al no presentar de forma correcta la documentación previa a la adjudicación en la forma exigida en la cláusula 10.7 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP).

Según consta en la documentación remitida a este Tribunal en la sesión trigésimo quinta, de 13 de mayo, la mesa se reúne para examinar la documentación presentada por las distintas licitadoras en respuesta a los requerimientos de subsanación de la documentación previa a la adjudicación. En lo que aquí interesa respecto de



la oferta de ABA MOTRIL al lote recurrido, en el acta se recoge la siguiente información; el requerimiento que previamente se había realizado, el análisis de la documentación aportada y el acuerdo de exclusión de la recurrente. Se procede a continuación a reproducir las cuestiones de relevancia para la resolución del presente recurso.

En la mencionada acta se recoge que la mesa de contratación a la vista de la documentación aportada por ABA MOTRIL previa a la adjudicación y ante las deficiencias detectadas, había acordado en su vigésimo tercera sesión - de conformidad con el artículo 18.4 del Decreto 57/2020, de 22 de abril, por el que se regula el concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana (en adelante Decreto 57/2020)- concederle un plazo de 3 días hábiles para que subsanara, entre otra documentación, los siguientes defectos detectados:

«1. No se acredita la experiencia previa necesaria requerida, basada en la acreditación de nueve años de experiencia por parte de los profesionales que conforman el equipo de terapeutas propuestos, ya que una vez examinados los certificados de vida laboral aportados, se observa que el alta en el grupo de cotización de la Seguridad Social de algunas de las personas terapeutas propuestas no es correcto conforme a la titulación que se ha acreditado para este lote (la psicóloga E.E. en grupo 10, la psicóloga M.M. en grupo 08, la psicóloga A.B. en grupo 08, la maestra E. E. en grupo 10), por lo que dicha experiencia no puede acreditarse como solvencia técnica».

La mesa de contratación, según figura en el acta de la trigésimo quinta sesión, a la vista de la documentación presentada por ABA MOTRIL en sede de subsanación, el 29 de abril de 2021, manifiesta lo siguiente:

«En relación al punto 1, se aporta diversa documentación entre la que se encuentran nóminas, contratos y recibos. Con ésta se trata de justificar los grupos de cotización de los terapeutas del centro que acreditan la antigüedad necesaria para la solvencia técnica. En este sentido, se han analizado los contratos en los que consta que han sido contratados como profesionales de acuerdo a su titulación, no obstante, 3 de los 4 presentados tienen fecha posterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas, por lo que no pueden ser justificativos de una experiencia que había que poseer en dicha fecha. Además dice, en escrito presentado, que “Subsidiariamente se acredite la experiencia necesaria mediante la experiencia que aporte yo, R.G., como titular de la actividad”. Examinada la documentación aportada se constata que sigue sin alcanzarse la experiencia mínima exigida de 9 años basada en la experiencia de las personas terapeutas. En cuanto a la experiencia que pudiera ser aportada por la titular de la entidad, no puede entrarse en su valoración por cuanto no se aporta documentación alguna al respecto. No se subsana este punto».

En consecuencia y como se ha indicado, la mesa de contratación en su sesión de 13 de mayo de 2021 acuerda la exclusión de la recurrente al no haber subsanado la documentación requerida en lo relativo a la acreditación de los requisitos exigidos en el PCAP para la acreditación de la solvencia profesional o técnica.

Pues bien, la recurrente se alza contra la exclusión argumentando, en síntesis, lo siguiente:

- Que la mesa de contratación no reconoce la experiencia del equipo de trabajo aportado en la oferta basándose exclusivamente en el código de cotización, cuando este dato es un mero indicador de las bases de cotización. A su juicio, la experiencia debe apreciarse de acuerdo con el contrato de trabajo, así como por la retribución percibida por cada uno de los trabajadores. En este sentido, manifiesta que hubo un error administrativo en el código de cotización de los trabajadores, pero que este fallo no les ha afectado ni en el contrato de trabajo ni en las retribuciones percibidas. Además, alega que tras el requerimiento de la mesa de contratación subsanó esta cuestión modificando el grupo de cotización de los mismos. Sin embargo, afirma, estas cuestiones no han sido tenidas en cuenta por el órgano de contratación.
- Que ofreció a la mesa de contratación que se pudiera subsanar este defecto acudiendo a la propia experiencia profesional de la persona licitadora, cuyos datos figuraban en la documentación presentada por la misma a otro



lote de la licitación, y que sin embargo se la excluye del procedimiento sin que la mesa verifique si disponía de la mencionada documentación y sin concederle la posibilidad de presentar escrito de aclaraciones sobre esta cuestión.

- Que se ha permitido a otros licitadores en el procedimiento de adjudicación que presentasen subsanaciones y aclaraciones sobre la documentación presentada. Incluso, afirma, la mesa de contratación en diferentes casos no ha reclamado documentación a otros licitadores en el supuesto de que dispusiera de la misma con ocasión de que hubiera sido presentada a otros lotes. En este sentido, concluye que se han conculcado los principios de igualdad de trato y no discriminación.

Por lo anterior, la recurrente solicita la anulación del acuerdo impugnado para que continúe el procedimiento y se proceda a la adjudicación a su favor.

Por otra parte, el órgano de contratación en su informe al recurso argumenta que fue correctamente excluida por los motivos que serán indicados a lo largo de esta resolución.

Finalmente, la entidad interesada ASOCIACIÓN GRANADOWN se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Procede ahora entrar a analizar el fondo de la controversia. En este sentido, en la cláusula 10.7. del PCAP se establece la documentación previa a la adjudicación que se debe presentar, entre la que se encuentra la acreditativa de la solvencia técnica o profesional, remitiéndose al anexo XV donde se detallan los criterios de selección.

Pues bien, el anexo XV del PCAP establece los medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional. Se recogen dos medios alternativos, entre ellos y en lo que aquí interesa se indica: *«2. Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, habiendo de contar con, al menos, nueve años de experiencia en el cómputo total de terapeutas, con las titulaciones de Psicología, Logopedia y Fisioterapia, de actividad directa en centros de atención a menores con trastornos del desarrollo o riesgo de padecerlos (exceptuando actividad realizada en el ámbito educativo), por cada uno de los lotes a los que se licita. Dicha actividad se demostrará a través de certificados de vida laboral, así como declaración del empresario donde se haya realizado la actividad en los que se especifique que la misma sea intervención directa en Atención Temprana.*

Para la valoración de este criterio de solvencia, se indicará por el licitador en este apartado si la contratación del profesional terapeuta que se presenta, se prevé efectuar a tiempo completo o parcial, con expresión, en este último caso, del porcentaje (en términos porcentuales) que supone el contrato a tiempo parcial que se prevé efectuar sobre un contrato a tiempo completo. En el supuesto que se prevea la contratación de un profesional para más de un Centro, con independencia del contrato que se estime realizar, se señalará el porcentaje previsto de actividad laboral para cada uno de ellos. La valoración de la experiencia señalada en el presente criterio se efectuará teniendo en cuenta los porcentajes de actividad laboral previstos para cada profesional presentado, en función de la contratación a realizar».

Pues bien, la mesa de contratación en su sesión trigésimo quinta de 13 de mayo de 2021, acuerda excluir a la recurrente dado que los contratos -en el grupo de cotización que les corresponde- de 3 de las 4 personas que conforman el personal técnico participante en la ejecución del contrato, son de fecha posterior a la finalización



del plazo de presentación de ofertas. Respecto de la petición subsidiaria que realiza la recurrente, en el sentido de acreditar la experiencia mediante la aportada por la «titular de la actividad», la mesa de contratación considera que no alcanza el mínimo exigido y que en cualquier caso no se aporta documentación justificativa.

Como se ha indicado, ABA MOTRIL se alza en su escrito de recurso contra la exclusión argumentando, en primer lugar, que la mesa de contratación a la hora de excluirla tiene en cuenta el código de cotización que aparece en los informes de vida laboral, siendo esta información a su juicio un mero indicador. Considera, que la experiencia profesional se acredita mediante los contratos de trabajo y la retribución percibida por los trabajadores.

Sobre lo anterior, la recurrente manifiesta que un error administrativo produjo que los trabajadores incluidos en la proposición figurasen como pertenecientes al grupo 8 (Oficiales de primera y segunda) con una base mínima de cotización de 35 euros/día cuando deberían pertenecer al grupo 1 o 2 (Ingenieros y licenciados) con una base mínima de cotización de 1466,40 euros si bien, argumenta, ese error no les ha afectado en ningún momento puesto que en su contrato sí se refleja su condición de licenciados y su retribución ha sido la correspondiente al grupo 1 y que, además, tras el requerimiento de la mesa de contratación los datos relativos a la cotización han sido rectificados.

Pues bien, procede ahora señalar como este Tribunal ha indicado en otras ocasiones: (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero, 251/2018, de 13 de septiembre, y Resolución 188/2020, de 1 de junio) *«la necesidad de que las proposiciones de las entidades licitadoras se ajusten a las especificaciones de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, lex contractus o lex inter partes que vinculan no solo a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos»*.

De acuerdo con lo expuesto, queda claro que en el anexo XV del PCAP se establece que para la acreditación de la solvencia técnica o profesional, y con relación a la experiencia del personal técnico participante en el contrato se debía presentar la siguiente documentación: *«Dicha actividad se demostrará a través de certificados de vida laboral, así como declaración del empresario donde se haya realizado la actividad en los que se especifique que la misma sea intervención directa en Atención Temprana»*. Sobre lo anterior, la propia recurrente reconoce que parte del personal técnico que incluye en su proposición para participar en el contrato tiene un código de cotización incorrecto, aunque manifiesta que esta situación no ha perjudicado a dichos trabajadores.

Sin embargo, el propio anexo XV del PCAP delimita de forma precisa que la experiencia requerida del equipo de trabajo adscrito a la ejecución del contrato se debía acreditar por medio de los certificados de vida laboral, por tanto, comprobado por la mesa de contratación el incumplimiento de lo previsto en el pliego -dado que los trabajadores no estaban dados de alta en el grupo de cotización que les correspondía por titulación- la mesa de contratación actuó correctamente al apreciar el incumplimiento de la solvencia técnica o profesional por este motivo, dado que la misma no se puede apartar de las condiciones previamente fijadas en los pliegos sin que se conculque el principio de igualdad de trato entre los licitadores como anteriormente se ha argumentado.

Como se ha indicado, la recurrente argumenta que en sede de subsanación procedió a rectificar el grupo de cotización de los contratos, así consta en el expediente administrativo remitido por el órgano de contratación el cambio en el grupo de cotización de cuatro trabajadores adscritos a la ejecución del contrato de fecha 26 de abril de 2021. Sobre esta cuestión, y como indica el órgano de contratación, el momento en el que deben concurrir las circunstancias relativas a la solvencia queda establecido en la cláusula 9.2.1. del PCAP que indica: *«Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los*



apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato». Por tanto, a la hora de analizar el cumplimiento de los requisitos exigidos relativos a la solvencia técnica o profesional se debe atender a las circunstancias acreditadas respecto del momento indicado - fin del plazo de presentación de proposiciones, según se indica en el perfil de contratante: 14 de septiembre de 2020- sin que se pueda atender a la documentación -los contratos formalizados- en una fecha posterior.

Por otro lado, respecto a la falta de subsanación en el plazo concedido para ello, la cláusula 10.7 del PCAP establece que: *«Si en el plazo concedido no procede a la subsanación de la documentación, será excluida del procedimiento de adjudicación»*. Por tanto, visto todo lo anteriormente argumentado se concluye que la mesa de contratación apreció de forma correcta la falta de acreditación de la experiencia exigida como criterio de selección relativo a la solvencia técnica o profesional en los términos exigidos en el anexo XV del PCAP, por lo que procedía la exclusión por este motivo.

En segundo lugar, la recurrente alega que presentó como medio alternativo para acreditar la solvencia, la experiencia de la propia titular de la actividad cuya documentación ya obraba en el expediente al haberse presentado para el lote 4.A.4. Almuñécar. En este sentido, la recurrente argumenta que la mesa de contratación procede a excluir su oferta sin solicitarle aclaraciones y sin acudir a la documentación que figuraba en el mencionado lote.

Sobre esta cuestión el órgano de contratación indica en su informe que: *«La entidad no sólo no indicó que la documentación obrase en poder de la Mesa en otro lote, sino que en el momento de presentar dicha documentación, el 29/04/2021, ni siquiera se había practicado requerimiento de la documentación previa a la adjudicación para ese otro lote, el 4.A.4 Almuñécar, lo que se acordó en la trigésimo tercera sesión de la Mesa celebrada el día 05/05/2021»*. Pues bien, este Tribunal ha podido comprobar que, efectivamente, la recurrente ni acompaña la documentación justificativa, ni tampoco hace alusión en la documentación presentada -en sede de subsanación- a que la acreditación de la experiencia de la titular de la actividad figurase en la presentada en otro lote del procedimiento. Por tanto también procede la desestimación de este motivo de recurso.

Finalmente, la recurrente argumenta que la mesa de contratación ha permitido a otros licitadores subsanar o presentar aclaraciones de la documentación presentada y que sin embargo, en su caso, no le ha requerido documentación ni se ha preocupado de verificar si la misma obraba en su poder, por lo que considera que se han conculcado los principios de igualdad y de no discriminación entre licitadores.

Sobre esta cuestión el órgano de contratación manifiesta en su informe que: *«La mesa de contratación ha respetado el principio de igualdad de trato entre los licitadores, a quienes ha practicado requerimiento de subsanación en todos aquellos casos en que la documentación aportada adolecía de algún tipo de deficiencia y practicado un nuevo requerimiento únicamente en aquellos casos en que, examinada la subsanación, entendiéndose que la misma pudo ser ambigua o inexacta. Y adicionalmente, practicó requerimiento de aclaraciones cuando observó discrepancias entre la documentación aportada, dando así las mismas oportunidades a todos los licitadores. Decir que, la omisión de documentación tras la práctica de un requerimiento de subsanación no se ha considerado susceptible de una nueva subsanación por cuanto la entidad ya fue informada y dispuso de plazo para su presentación, más aún considerando que los requisitos exigidos para la prestación del servicio se encuentran recogidos en el PCAP y PPT [pliego de prescripciones técnicas] a disposición de las entidades licitadoras, que su desconocimiento no les exime de su cumplimiento y que han de estar en posesión de ellos desde el momento de la presentación de la oferta»*.



En definitiva, a juicio de este Tribunal queda claro que la mesa de contratación sí concedió a la recurrente trámite de subsanación -como a los licitadores que señala-. En este sentido, figura la documentación presentada por ABA MOTRIL, el 29 de abril de 2021, en respuesta del requerimiento previo de la mesa de contratación de la subsanación de documentación. Sin embargo y como se ha señalado, la recurrente no acreditó en los términos exigidos en el anexo XV del PCAP la solvencia técnica o profesional según lo establecido en el propio pliego, por lo que en aplicación de la cláusula 10.7 del PCAP, la mesa de contratación procedió de forma correcta a excluirla por este motivo.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso interpuesto por **R.G.I. (ABA MOTRIL)**, contra la exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado “Concierto social para la prestación del servicio de Atención Infantil Temprana en Andalucía” (Expte. 2020-524487, 77/2020), respecto del lote: 4.A.3. Salobreña, convocado por la Consejería de Salud y Familias.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación respecto del lote 4.A.3. Salobreña, adoptada por este Tribunal el 17 de junio de 2021.

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.

NOTIFÍQUESE 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.

