Recurso 466/2021
Resolución 77/2022

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

Sevilla, 2 de febrero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FORJAS ESTILO ESPAÑOL S. A.,** contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado "Suministro de luminarias led para reposición" (Expte. CON 79/19 (Gestiona 9188/2019)), convocado por el Ayuntamiento de San Roque (Cádiz), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 2 de octubre de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 213.000 euros.

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.

La mesa de contratación en sesión celebrada el 11 de febrero de 2021, y previa fase de subsanación de errores, acuerda proponer al órgano de contratación la exclusión, entre otras, del procedimiento de licitación de la entidad ahora recurrente, por considerar que no presenta en tiempo y forma la documentación exigida. Posteriormente, con fecha 22 de abril de 2021, la mesa acuerda proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato a la entidad XIFRAM, S.L.

SEGUNDO. El 12 de febrero de 2021, se interpuso recurso especial en materia de contratación, si bien se presentó en el Ayuntamiento de San Roque, contra el mencionado acuerdo de exclusión. El Ayuntamiento, no siendo competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto, lo remite el 28 de septiembre de 2021 a este Tribunal, junto con el expediente de contratación solicitado con ocasión del recurso 189/2021. El citado expediente de contratación cuenta con un contenido con serías dificultades de comprensión.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas. No habiéndose recibido ninguna en el plazo previsto para ello.

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 artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de San Roque no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

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

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme el acta de la sesión de la mesa de contratación que contiene el acuerdo de exclusión y la fecha de interposición del recurso ha de entenderse que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Consideraciones del Tribunal.

Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de las cuestiones planteadas.

Consta informe al recurso especial en materia de contratación en el que se señala que la entidad ahora recurrente quedó excluida por no presentar en tiempo y forma la documentación exigida en el requerimiento de subsanación de la documentación presentada en el sobre A. Por ello, la mesa de contratación en su sesión de fecha 11 de febrero de 2021, a la vista de la documentación aportada en el plazo de subsanación por la hoy recurrente, acuerda su exclusión.

Contra dicho acto, siguiendo las indicaciones del Ayuntamiento, la entidad recurrente presenta, el 12 de febrero de 2021, *"instancia general"* a través de la sede electrónica con el objeto de "*presentar alegaciones LICITACION CON 79/19, con motivo de la exclusión".*

Al respecto, se ha requerido de nuevo al órgano de contratación para que remita determinada documentación, dado que la remitida, previo requerimiento de este Tribunal, el día 1 de febrero de 2022, no contenía siquiera la documentación presentada por las entidades licitadoras.

En este sentido, cumple mencionar que la ahora recurrente, en un primer momento, presentó el recurso ante el Ayuntamiento que lo desestimó, considerandose, sin tener Tribunal propio constituido ni a través de la Diputación Provincial en su caso, competente para resolver el recurso especial, a pesar de lo dispuesto en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; precepto que, en supuestos como el examinado, atribuye competencia a este Tribunal.

Posteriormente la desestimación fue revocada (desconociéndose el procedimiento utilizado para ello conforme a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Ante este proceder irregular de una Administración, conforme a los principios de buena fe, buena administración y confianza legítima, se ha de revisar la actuación de la mesa a la vista del recurso y de la documentación que consta en el expediente, así como en concreto la presentada por la ahora recurrente en el sobre A.

En este sentido, y en lo que interesa para la resolución del recurso, revisando la exclusión de la recurrente, observamos que consta acta de la mesa de 26 de noviembre de 2020, en donde se expone que "*se reanuda el acto procediéndose a la calificación de la documentación contenida en el sobre A, del resto de las empresas ofertantes, ordenándose por la Presidencia la apertura de los mismos".*

Respecto de la entidad ahora recurrente, en una apertura del sobre A que se desarrolla durante varias sesiones en cerca de un mes, se observa por la mesa que no cumple los siguientes requisitos a acreditar:

"- Capacidad de Obrar – No prohibición para contratar. (Subsanable).
- Solvencia Técnica /Económica – Cifra anual de negocio. (Subsanable).
- Solvencia Técnica /Económica – Control por la entidad contratante sobre la capacidad del empresario. (Subsanable).
- Solvencia Técnica/Económica – Instalaciones técnicas y medidas para garantizar la calidad. (Subsanable).
- Solvencia Técnica/Económica – Otros – Compromiso medios técnicos, humanos y materiales. (Subsanable).
- Solvencia Técnica/Económica – Otros – Acreditación periodo medio pago proveedores. (Subsanable).
- Solvencia Técnica/Económica – Patrimonio neto. (Subsanable).
- Solvencia Técnica/Económica – Trabajos realizados. (Subsanable).
- Solvencia Técnica/Económica – Técnicos o unidades técnicas. (Subsanable).".

Para ello, otorga plazo de tres días hábiles para subsanación de errores relativos a la:

"- Capacidad de Obrar – No prohibición para contratar. Debe presentar la declaración conforme al modelo que se adjunta en el pliego.
- Solvencia Técnica /Económica – Cifra anual de negocio. La solvencia técnica debe acreditarse mediante certificaciones expedidas por la empresa u organismo en cuestión, no bastando la simple relación de empresas con las que ha trabajado el licitador. Asimismo, la declaración del volumen de negocio debe ir acompañada de la presentación de las cuentas en el Registro Mercantil.

- Solvencia Técnica /Económica – Control por la entidad contratante sobre la capacidad del empresario. La declaración del volumen de negocio debe ir acompañada de las cuentas debidamente presentadas en el Registro Mercantil.
- Solvencia Técnica/Económica – Instalaciones técnicas y medidas para garantizar la calidad. La declaración del volumen de negocio debe ir acompañada de las cuentas debidamente inscritas en el Registro Mercantil. Así mismo, la solvencia técnica debe acreditarse mediante certificación de los organismos o empresas correspondientes a los que se presta el servicio, indicando el buen o no desarrollo y ejecución del mismo, no bastando una simple lista de los servicios, productos o empresas con las que se ha tenido relación comercial.
- Solvencia Técnica/Económica – Otros – Compromiso medios técnicos, humanos y materiales.
Debe acompañar la declaración del volumen de negocio de las cuentas inscritas en el Registro Mercantil.
Además, no presenta la solvencia técnica especial requerida en el pliego y en los términos y forma allí indicados.
- Solvencia Técnica/Económica – Otros – Acreditación periodo medio pago proveedores.
- Solvencia Técnica/Económica – Patrimonio neto.
- Solvencia Técnica/Económica – Trabajos realizados. No coincide con el epígrafe
- Solvencia Técnica/Económica – Técnicos o unidades técnicas. Debe ajustarse al modelo del pliego.
- Último recibo del pago del IAE, o documento acreditativo de estar dado de alta en el IAE, con detalle del epígrafe de su actividad. Debe aportar el certificado de alta en el IAE" (el subrayado es nuestro).

El acto de apertura del sobre A se realiza en distintas sesiones, siendo el día 17 de diciembre de 2020, la fecha en la que se termina la apertura del sobre A de todas las licitadoras -según consta en el expediente complementario remitido el día 1 de febrero de 2022 (documento número 20)-, día en que se requiere a la entidad ahora recurrente para que en tres días hábiles subsane dicha documentación, señalando como fecha de expiración el día 22 de diciembre de 2020 a las 23:59.

Consta en el documento 21, el acceso el mismo día 17 de diciembre de 2020 por parte de la entidad recurrente. Así consta: *"Fecha de presentación: 22/12/2020 14:04:55"*. A este respecto, se contiene en el documento número 22 del expediente remitido, justificante de presentación el día 22 de diciembre de 2020 por la entidad ahora recurrente de una serie de documentos atendiendo al requerimiento realizado por la mesa de contratación. Es decir, se justifica la presentación en plazo.

Posteriormente, en el acta de la mesa de contratación celebrada en fecha 11/02/2021, se examina la documentación aportada por las empresa que debían subsanar, entre ellas FORJA ESTILO ESPAÑOL S.L., y consta la no admisión de la oferta, al no acreditar los nombres y cualificación del personal responsable como solvencia técnica especial. Tal y como se indica en el informe presentado al segundo recurso interpuesto por la recurrente ante este Tribunal, Recurso 567/2021 , mucho más clasificador que el primero, donde se indica que la misma quedó excluida por no presentar en tiempo y forma la documentación exigida en el requerimiento de subsanación.

A este respecto, señala la recurrente en su escrito, que realizó la *«subsanación requerida según pliego de condiciones en la cláusula 10.8 la cual dice sobre "Condiciones especiales de solvencia técnica. Además del cumplimiento de los requisitos mínimos de solvencia a los que se refiere la cláusula anterior, los licitadores deberán cumplir las siguientes condiciones especiales de solvencia técnica: 1. Contar con los medios humanos, técnicos y materiales necesarios y suficientes para la correcta y adecuada ejecución del objeto del contrato."*

Del cual se presentó certificado de Solvencia técnica, el cual se adjunta al presente.

El pasado 10/02/2021 recibimos en su escrito de Exclusión, indicación de que no nos ajustamos al pliego de condiciones de la Licitación, en la cláusula que hace referencia sobre La solvencia técnica o profesional especial, la cual indica que se acreditará mediante: 1.- Compromiso formal de contar con los medios técnicos, humanos y materiales suficientes para poder atender el servicio debidamente, con indicación de los nombres y cualificación del personal responsable de ejecutar la prestación.

Quiero indicarle que en la ley 76 de LCSP a la que se refiere, indica en su punto 1. Qué en los contratos de obras, de servicios, concesión de obras y concesión de servicios, así como en los contratos de suministro que incluyan servicios o trabajos de colocación e instalación, podrá exigirse a las personas jurídicas que especifiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación.

Al tratarse de una licitación donde se realiza exclusivamente suministro y no hay ejecución de obra ni servicio o trabajos de colocación, no se presentó tal escrito, presentando únicamente Certificado de Solvencia técnica.

Por todo lo expuesto anteriormente, les hacemos llegar nuestras alegaciones para que se tengan en cuenta.»

El artículo 139 de la LCSP establece que: *"1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea".*

A este respecto, el pliego de cláusulas administrativas particulares recoge en su cláusula 10.8 "Condiciones especiales de solvencia técnica" lo siguiente:

"Además del cumplimiento de los requisitos mínimos de solvencia a los que se refiere la cláusula anterior, los licitadores deberán cumplir las siguientes condiciones especiales de solvencia técnica:
1. Contar con los medios humanos, técnicos y materiales necesarios y suficientes para la correcta y adecuada ejecución del objeto del contrato."

Por su parte, la cláusula 11 del referido pliego, relativa a la "Acreditación de la aptitud para contratar", recoge en su apartado 2 en su penúltimo párrafo que:

"De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 76 de la LCSP, La solvencia técnica o profesional especial se acreditará mediante:
1.- Compromiso formal de contar con los medios técnicos, humanos y materiales suficientes para poder atender el servicio debidamente, con indicación de los nombres y cualificación del personal responsable de ejecutar la prestación."

Así pues, como punto de partida, ha de indicarse que, como ya ha manifestado este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciónes 250/2019, de 2 de agosto, 113/2020, de 14 de mayo y 426/2021, de 28 de octubre), los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de "pacta sunt servanda", y teniendo en cuenta que ni la recurrente ni ninguna del resto de licitadoras impugnaron en su día el contenido de

los mismos, necesariamente han de estar ahora a lo establecido en ellos, en particular en lo referido a la subsanación de la documentación exigida en el sobre 1 y sus consecuencias.

Igualmente, se ha de indicar que los pliegos que rigen la contratación también vinculan al órgano de contratación, tal como hemos sostenido en nuestra Resolución 188/2020, de 1 de junio:

"En este sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero y 251/2018, de 13 de septiembre, entre otras muchas) 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. El Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), afirma en su apartado 78 que «(...) si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80)».

Al respecto, la jurisprudencia comunitaria viene reiterando que el principio de igualdad de trato implica que todas las entidades licitadoras deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus proposiciones como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia del Tribunal de Justicia de la unión Europea de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Asimismo, este principio es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros).

De acuerdo con lo expuesto, los términos del requerimiento de subsanación efectuado eran claros. Como podemos observar, la mesa de contratación actúa conforme a los pliegos cuando realiza el requerimiento de subsanación a la recurrente, pero el debate se sitúa en relación al contenido del mismo requerimiento a efectos de que la propuesta de la recurrente cumplía o no, en función de lo requerido para subsanar. Doctrina de este Tribunal sostiene que es obligación de la mesa de contratación indicar cuáles eran las deficiencias observadas tanto las relativas a omisión de documentación como las relativas a errores o defectos en la ya aportada, para que, de este modo, la recurrente pudiera subsanar adecuadamente y no hacer referencias genéricas al PCAP. Existe reiterada doctrina de ese Tribunal (v.g., la Resolución 340/2020, de 15 de octubre, entre otras) sobre que los pliegos que rigen el contrato son "lex inter partes" o "lex contractus" y vinculan a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas[1].

Conforme a la doctrina anterior, y observado el tenor del requerimiento de subsanación, concluimos que éste fue suficiente. A mayor abundamiento, la recurrente, no cuestiona el contenido de este, sino que se limita a señalar que al tratarse de una licitación donde se realiza exclusivamente un suministro y no hay ejecución de obra ni

12 En este sentido, este Tribunal se ha pronunciado en diversas resoluciones, valga por todas la Resolución 65/2017, de 31 de marzo, en la que se indica lo siguiente:"Se constata, pues, que la citada documentación era insuficiente para la acreditación de la solvencia económica en los términos señalados en el PCAP, razón por la que la mesa de contratación acordó válidamente requerir de subsanación a la empresa ahora recurrente; ahora bien, es el contenido del requerimiento

servicio o trabajos de colocación, no se presentó tal escrito, presentando únicamente el certificado de solvencia técnica.

En definitiva, visto que la recurrente no subsanó la documentación solicitada en el plazo concedido para ello y teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriormente realizadas, este Tribunal concluye que resultó correcta la actuación de la mesa al excluir a la recurrente del procedimiento de licitación por este motivo, en aplicación de lo dispuesto en el clausulado del pliego -anteriormente reproducido- y en el artículo 326.2. a) de la LCSP. Por tanto, procede la desestimación del recurso interpuesto.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FORJAS ESTILO ESPAÑOL S. A.,** contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado "Suministro de luminarias led para reposición" (Expte. CON 79/19 (Gestiona 9188/2019)), convocado por el Ayuntamiento de San Roque (Cádiz).

SEGUNDO. 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 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.