Recurso 500/2021
Resolución 84/2022

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

Sevilla, 4 de febrero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MAUDE STUDIO S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación de 18 de octubre de 2021, por el que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Servicios para la impartición de acciones formativas especificas de Formación Profesional para el empleo, modalidad Teleformación, preferentemente dirigidas a personas trabajadoras desempleadas "Andalucía is IN training"», (Expte. CONTR 2021 0000219048), en relación al lote 1, tramitado por Secretaria General Técnica de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 29 de junio y el 30 de junio de 2021, 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, respectivamente, anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 5.952.000 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.

Mediante acuerdo de la mesa de contratación, en la sesión celebrada el día 18 de octubre de 2021, queda excluida la oferta presentada por la entidad MAUDE STUDIO S.L.(en adelante MAUDE) al lote 1.

SEGUNDO. El 5 de noviembre de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por MAUDE contra el citado acuerdo de 18 de octubre de 2021.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano.

El 18 de noviembre de 2021, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato, respecto al lote 1.

Posteriormente, 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 en el plazo establecido las presentadas por EUROCONSULTORÍA FORMACIÓN EMPRESA, S.L. (en adelante EUROCONSULTORÍA).

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 entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación del lote 1, 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 proposición de la recurrente, en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. 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 impugnado fue adoptado el 18 de octubre de 2021, por lo que el recurso presentado el 5 de noviembre de 2021 en el registro de este Órgano, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP, aunque no consta su notificación, ni publicación.

QUINTO. Fondo del asunto: argumentos de las partes.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar el motivo en que el mismo se sustenta que no es otro que la exclusión de la proposición de la ahora recurrente por no haber acreditado la solvencia técnica o profesional conforme a lo exigido en los pliegos.

En la sesión celebrada el 18 de octubre de 2021, la mesa de contratación constituida para el análisis de las subsanaciones de la documentación previa a la adjudicación de las entidades que habían sido propuestas adjudicatarias, entre ellas la ahora recurrente para el lote 1, acordó:

"2. Documentos que acreditan la solvencia técnica o profesional (Cláusula 10.7.2.c y Anexo XVI del PCAP) o alternativamente Registro de Licitadores.
◦ Se justifica la relación de los principales servicios realizados de igual o similar naturaleza mediante declaración de servicios prestados por importe (públicos y privados) por importe suficiente. Sin embargo en dicha relación figuran servicios cuyo destinatario es una entidad del sector público (en concreto el SEPE) los cuales se deben acreditar mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente. Para esto, se aporta Resolución del Servicio

Público de Empleo Estatal de 18 de enero de 2019 de concesión de subvenciones públicas destinadas a financiar la ejecución de programas de formación de ámbito estatal. Tal como se expresa en el Anexo XVI "En el caso de las subvenciones concedidas, este certificado podrá ser sustituido por la Resolución en que se determine el importe justificado". Por lo que se le requiere aporte documentación que acredite el importe ejecutado y justificado de esta concesión. DOCUMENTACIÓN INCORRECTA: no aporta certificado expedido o visados por el órgano competente (SEPE) en relación con el importe justificado de la Resolución del Servicio Público de Empleo Estatal de 18 de enero de 2019 de concesión de subvenciones públicas (n.º Expediente: F181102AA) de 1.084.939,50 euros por lo que no acredita solvencia técnica suficiente para ejecutar el servicio.
(…)
La Mesa considera que la documentación presentada por el licitador INVESTIGACIONES DIDÁCTICAS AUDIOVISUALES S.L (MAUDE STUDIO, SLU) es INCORRECTA, por lo que acuerda su exclusión del procedimiento de adjudicación."

1. Argumentos de la recurrente.

La recurrente interpone recurso especial contra el citado acuerdo solicitando *"Que se anule el Acuerdo de la Mesa de Contratación de 18 de octubre de 2021 por el que se nos excluye del proceso de contratación referido, y se ordene proceder a llevar a cabo la adjudicación a nuestro favor"* y *"Subsidiariamente, que se acuerde la anulación del acto recurrido y se ordene a la mesa la retroacción del procedimiento al momento precedente a la exclusión y se ordene que se nos conceda un trámite de aclaraciones previo el cual se examine si la documentación justificativa resulta técnicamente pertinente y previa motivación se pronuncie sobre la admisibilidad de la misma."*

En resumen, la recurrente alega que *"hay una vulneración del artículo 1 LCSP, porque la actuación de la entidad contratante no ha aplicado los principios de igualdad de trato, no ha salvaguardado la competencia ni ha buscado la oferta económicamente más ventajosa, que era la nuestra, habiéndole ocasionado indefensión y trato discriminatorio al no admitir una justificación perfectamente válida por provenir directamente de la entidad concedente de las ayudas y justificar los extremos necesarios (tanto que no se discuten ni importes ni trabajos sino solo que no es una Resolución como tal). En cualquier caso, en un trámite tan avanzado como en el que nos encontramos la entidad pudo solicitar tantas aclaraciones como estimara oportunas para acreditar la solvencia antes de excluirnos.*

A nuestro entender debe tenerse en cuenta que lo relevante en aplicación de la LCSP es contar con solvencia, y que, ante el silencio de la LCSP y atendiendo a lo previsto en la normativa de subvenciones y al detalle concreto de la subvención con la que se ha justificado los trabajos realizados previamente a la finalización del plazo de presentación de ofertas debe admitirse la documentación presentada. Documentación pública, que es la única que diligentemente y atendiendo al momento en que nos encontramos puede disponer el licitador.
(…)
En conclusión, a nuestro entender, es posible que exista por parte del Tribunal una revisión no ya de si conceptualmente los trabajos son análogos – lo que no se discute – sino si existe un error en la aplicación del criterio de solvencia exigido en el pliego y en la apreciación de si la forma de acreditación que en él se contenía es compatible con la documentación presentada por nuestra empresa.".

2. Argumentos del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso , hace referencia a los aspectos formales del procedimiento de adjudicación, sin analizar el fondo de las alegaciones formuladas por la recurrente, privando así a este Tribunal de los argumentos de oposición al acto impugnado.

3. Argumentos de la entidad interesada.

En el plazo concedido por la Secretaría de este Tribunal para formular alegaciones, la licitadora EUROCONSULTORÍA solicita la desestimación del recurso.

En su escrito de alegaciones concluye que*"Consideramos acertada la decisión de la Mesa de contratación de excluir a Maude por cuanto no cumple los criterios de solvencia técnica, tal y como determina el expediente de contratación, por cuanto Maude ha revestido su exclusión en que únicamente podría ser posible (algo que es falso) cubrir la solvencia técnica con documentos de subvenciones que aún no han sido verificados por la entidad otorgadora de las mismas, y que por tanto no pueden probar la justificación económica ejecutada finalmente (sólo lo que ellos han presentado para justificar, y no el resultado final). Es por ello que consideramos acertada esta decisión de excluir a Maude de este proceso de contratación.".*

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede el análisis de la cuestión controvertida y que se circunscribe a determinar si es conforme a derecho la exclusión de la recurrente del procedimiento de adjudicación.

Para lo que se ha de tener presente lo dispuesto en el anexo XVI del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), al que remite la cláusula 10.7.2.c, que al establecer los criterios de selección relativos a la solvencia técnica o profesional, en lo que aquí interesa dispone:

"La solvencia técnica o profesional se acreditara por el medio o los medios que se señalan a continuación, ACUMULATIVAMENTE:
(x) 1. Relación de los principales servicios realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, atendiendo a tal efecto al sistema establecido en el anexo I, indicando su importe (incluidas subvenciones), fechas y destinatario publico o privado de los mismos, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes. Los servicios efectuados se acreditaran mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector publico. En el caso de las subvenciones concedidas, este certificado podrá ser sustituido por la Resolución en la que se determine el importe justificado.".

Para acreditar parte de la solvencia técnica, la recurrente aportó *"Resolución del Servicio Público de Empleo Estatal de 18 de enero de 2019 de concesión de subvenciones públicas destinadas a financiar la ejecución de programas de formación de ámbito estatal",* pero no aportó la resolución que determine el importe justificado como exige el pliego y le fue requerido en tramite de subsanación. La propia recurrente afirma en su escrito de recurso que *"no se ha aportado la resolución que determina el importe ejecutado.".*

Al efecto, se ha de apreciar que la literalidad del anexo XVI en relación a la exigencia de "*la Resolución en la que se determine el importe justificado",* en el caso de que los servicios realizados con los que las licitadoras pretendan acreditar la solvencia técnica hayan sido objeto de subvención, no admite interpretación alguna dada la claridad con la que está formulada.

No cabe por tanto, apreciar error en la aplicación de la documentación aportada por la recurrente para acreditar la solvencia técnica o profesional, por el contrario, este Tribunal entiende que no se trata de una interpretación restrictiva, sino de la aplicación de lo dispuesto en los pliegos que la recurrente aceptó al presentar sus ofertas para participar en la licitación, y cuyo cumplimiento ahora vincula, tanto a la recurrente, como al órgano de contratación.

Así, es el carácter vinculante de los pliegos, que constituyen la ley del contrato, lo que impide admitir las alegaciones formuladas por la recurrente, con independencia de las razones que hayan llevado al órgano de contratación a establecer tal modo de acreditación de la solvencia técnica o profesional, y que la recurrente, a tenor de su escrito de recurso parece entender y no cuestiona, a pesar de que recurre su aplicación. No obstante, desde el momento en que presentó la oferta, que ahora es rechazada, la recurrente no puede ir contra los pliegos.

En este sentido, procede hacer referencia a la ya reiterada doctrina de este Tribunal acerca de la cualidad de lex contractus de los pliegos una vez que adquieren firmeza, y su carácter vinculante no sólo para los licitadores sino también para el órgano de contratación redactor de sus cláusulas, quien tras la aprobación y publicación de aquellos se autolimita en su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de su contenido, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato (v.g. Resolución 295/2020, de 3 de septiembre). En este procedimiento los pliegos no han sido impugnados y, por lo tanto, son firmes y vinculantes en cuanto a su contenido para todas las partes.

En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, aunque se trataba de un recurso contra la exclusión de una licitadora por no acreditar la solvencia económica exigida, en la Resolución 420/2019 de 13 de diciembre de 2019, que a su vez hace referencia a otras Resoluciones, al afirmar que *«En este sentido, en nuestra Resolución 152/2019, de 16 de mayo, hemos mantenido que "No puede darse la razón a la recurrente en este alegato por cuanto la dicción literal del PCAP es clara al exigir la acreditación de la solvencia mediante las cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, extremo este que fue aceptado por la recurrente al presentar su oferta en el procedimiento de licitación (artículo 139 de la LCSP), por lo que no puede ahora pretender eludir su cumplimiento bajo el argumento de que el depósito en aquel Registro es una mera formalidad que en nada afecta a la suficiencia de su solvencia económica.*

Sobre esta cuestión es de sobra conocida la doctrina de este Tribunal acerca de la cualidad de lex contractus de los pliegos, una vez que adquieren firmeza (v.g. Resolución 310/2018, de 6 de noviembre, entre las mas recientes)".»

Y en nuestra Resolución 377/2019, de 7 de noviembre: *«Al respecto, es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. citamos la Resolución 172/2017, de 11 de septiembre por la similitud del supuesto allí planteado con el aquí examinado) que el pliego es "lex inter partes" o "lex contractus" que vincula no solo a los licitadores que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas, sino también a la Administración o entidad contratante autora del mismo. Asimismo, el Tribunal General de la Unión Europea, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T652/14), 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".*
(…)

Pues bien, con independencia de que el pliego podría haber permitido acreditar la solvencia económica mediante la clasificación en el supuesto en que hubiera incluido uno o varios CPV del Anexo II del RGLCAP, lo cierto es que no lo ha hecho, sin que la recurrente haya cuestionado su contenido en el momento oportuno, quedando en consecuencia sujeto a sus cláusulas tal como hemos expuesto. En esta alegación la entidad recurrente vuelve a

insistir en que la clasificación de la que dispone engloba los trabajos objeto de licitación, pero lo cierto es que el PCAP no estableció la posibilidad de acreditar la solvencia económica a través de la clasificación, admitiendo únicamente los medios contemplados en el Anexo III-B.».

Por todo lo expuesto, se ha de desestimar el recurso especial en cuanto a la pretensión de entender que la documentación aportada por la ahora recurrente acredita la solvencia técnica exigida en los pliegos.

Por otra parte, como ya se ha expuesto, antes de proceder a la exclusión de su oferta, la mesa de contratación concedió tramite de subsanación a la recurrente. En este sentido, no es posible admitir el alegato de la recurrente, en el que pretende que la mesa de contratación debió solicitarle aclaración dado lo avanzado del procedimiento de adjudicación en el que la recurrente era la entidad propuesta adjudicataria, antes de proceder a la exclusión de su oferta, pues la misma es una potestad de la mesa de contratación, prevista en el citado artículo 95 de la LCSP, que debe ser empleada cuando proceda aclarar algún extremo sobre la documentación aportada acreditando el cumplimiento de un requisito determinado y no cuando, como en el presente supuesto, con la documentación presentada no se acredita dicho cumplimiento, cual es la solvencia técnica o profesional por la recurrente, quedando por lo tanto dicho precepto reservado para casos muy concretos y debiendo ser interpretado de forma restrictiva, al objeto de no vulnerar el principio de igualdad.

En el presente caso, una segunda subsanación, a juicio de este órgano, superaría los límites de lo que resulta apropiado pues vulneraría el principio de igualdad de trato entre entidades licitadoras y provocaría inseguridad jurídica en la tramitación del procedimiento de adjudicación acerca de en qué supuestos habría que permitir una segunda subsanación.

De acuerdo con las consideraciones antes expuestas, procede desestimar tanto la petición principal como la petición subsidiaria formuladas por la recurrente en su escrito de recurso y con ello la desestimación del recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial interpuesto por la entidad **MAUDE STUDIO S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación de 18 de octubre de 2021, por el que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Servicios para la impartición de acciones formativas especificas de Formación Profesional para el empleo, modalidad Teleformación, preferentemente dirigidas a personas trabajadoras desempleadas “Andalucía is IN training”» (Expte. CONTR 2021 0000219048), en relación al lote 1, tramitado por Secretaria General Técnica de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación acordado por Resolución de 18 de noviembre 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.