

Recurso 63/2023
Resolución 80/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 10 de febrero de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **N.Y.T.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de fecha 19 de enero de 2023, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Contratación de servicios de asesoramiento jurídico para la Internacionalización en Estados Unidos y Canadá” (Expte. 2022-083), convocado por la Empresa Pública Andaluza de Promoción Exterior S.A., adscrita a la Consejería de Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 29 noviembre de 2022 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 (en adelante DOUE), el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado es de 590.520,00 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 mediante acuerdo adoptado el 19 de enero de 2023 excluye la oferta de la persona ahora recurrente, según consta en el acta de la misma.

SEGUNDO. El 29 de enero de 2023, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por N.Y.T. (en adelante la recurrente), contra el citado acuerdo de 19 de enero de 2023 de exclusión de su oferta.

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 1 de febrero de 2023.

Acto seguido, el 2 de febrero de 2023, 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 concedido.

El 3 de febrero de 2023, este Tribunal mediante Resolución M.C. 15/2023 adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente.

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 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 una oferta 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 poder adjudicador, 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 contenida en el procedimiento de recurso, consta que la exclusión de la oferta de la recurrente le fue notificada el 25 de enero de 2023, por lo que el recurso presentado el 29 de enero de 2023 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en el siguiente fundamento de derecho.

La recurrente solicita que, previos los trámites oportunos *“(i) Declare la nulidad de la Resolución de la Mesa de Valoración de la licitación del Expediente, por haber cumplido esta parte con las condiciones del pliego y, por tanto, su exclusión vulnera de manera flagrante las normas y principios de la contratación pública.(ii) Ordene al Órgano de Contratación la retroacción de las actuaciones al momento previo a la exclusión para en su virtud proceda a admitir mi oferta.”*



Con carácter previo y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación el contenido de las actuaciones realizadas por la mesa de contratación por las que se decide excluir la oferta de la entidad ahora recurrente.

Al respecto, el 11 de enero de 2023, se reúne la mesa de contratación para la apertura del sobre n.º1 observando la necesidad de subsanación de la documentación presentada por la recurrente, para lo que se le requiere en los siguientes términos:

“ EN RELACIÓN A LA DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA SOLICITADA DEBERÁN SUBSANAR:

Su empresa, N.Y.T., ha incluido en el SOBRE 1 documentación relativa a la solvencia exigida en esta licitación, si bien tal y como se indica en el Anexo I del PCP, la documentación acreditativa de la solvencia sólo le será requerida a la empresa propuesta como adjudicataria. Por tanto, en esta fase, Extenda no va a validar dicha documentación, hecho que, como decimos, tendrá lugar en fase previa a la adjudicación.

No obstante lo anterior, aunque Extenda no vaya a validar la solvencia de su empresa en esta fase, por la documentación que ha aportado se deduce que:

- *La empresa licitadora es N.Y.T. como persona física.*
- *En el Anexo III BIS de solvencia técnica indica que va a recurrir a las empresas GUNSTER, HINCKLEY ALLEN y STIKEMAN ELLIOT para acreditar la solvencia referida a “Contar con los medios que le permitan prestar asesoramiento desde cada uno de los países objeto del servicio (EEUU y Canadá)”. Sin embargo en su DEUC ha contestado NO a la pregunta C de la Parte II y SI a la pregunta D de la Parte II, cuando según dicha información facilitada, va a recurrir a terceros para cumplir con la solvencia exigida. Por tanto, tendrá que subsanar los siguientes aspectos:*

o En el DEUC de la empresa N.Y.T. deberá:

- *Responder SI a la pregunta C de la Parte II: ¿Se basa el operador económico en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV y los criterios y normas (en su caso) contempladas en la parte V, más abajo?*
- *Responder NO a la pregunta D de la Parte II: ¿tiene el operador económico la intención de subcontratar alguna parte del contrato a terceros?*
- *Firmar debidamente el DEUC corrigiendo los anteriores aspectos y remitirlo de nuevo.*

o Debe remitir el DEUC de cada una de las TRES empresas a las que va a recurrir para acreditar la solvencia; es decir, deberá remitir debidamente relleno y firmado por dichas empresas:

- *El DEUC de la empresa GUNSTER*
- *El DEUC de la empresa HINCKLEY ALLEN*
- *El DEUC de la empresa STIKEMAN ELLIOT*

- *Por otro lado, en el Anexo III BIS de solvencia técnica indica que el equipo de trabajo estará formado además de por N.Y.T., por Larissa da Costa Andrade y Juan Ferreira. A este respecto, le solicitamos un documento de ACLARACIÓN sobre la relación de estas dos personas con su empresa, indicando si pertenecen a su empresa o si por el contrario mantiene otro tipo de relación contractual con ellos. Además de dicho documento de aclaración, en caso de que dichas personas no pertenezcan a su empresa, usted estaría recurriendo a terceros para acreditar la solvencia técnica solicitada, por lo que, en ese caso, deberá subsanar los siguientes aspectos:*



o Debe remitir el DEUC debidamente relleno y firmado, de cada una de las personas a las que va a recurrir para acreditar la solvencia.”.

En la sesión de la mesa de contratación celebrada el 19 de enero de 2023 “Se comprueba que parte de la documentación aportada por la licitadora N.Y.T. está en inglés. En concreto se trata de TRES DEUC de tres empresas a las que recurriría para acreditar la solvencia técnica exigida.

En la Resolución de aprobación del expediente del órgano de contratación de fecha 23 de noviembre del 2022 y publicada en el perfil del contratante de Extenda el mismo día de la publicación del anuncio de la presente licitación se indica en su resuelvo cuarto lo siguiente:

“4º.- Aceptar los documentos en inglés que indique los pliegos que puedan aportarse al expediente, sin necesidad de traducción de los mismos. Asimismo, aceptar los posibles documentos redactados en otras lenguas siempre que lleven una traducción al castellano.

Por su parte, en el apartado 3.4. CONTENIDO DE LAS PROPOSICIONES del Pliego de Condiciones Particulares se establece que “Toda la documentación de las proposiciones presentadas deberá venir en castellano, salvo que se indique lo contrario en el presente pliego. Cuando no se admita lengua distinta, la documentación redactada en otra lengua deberá acompañarse de la correspondiente traducción oficial al castellano.

En este sentido, la Mesa pone de manifiesto que el Pliego de Condiciones Particulares sólo permite la presentación de documentación en inglés sin necesidad de traducción al castellano únicamente para el “Documento acreditativo de la presencia en cada país” referido en el Anexo III CRITERIOS DE SOLVENCIA de dicho pliego.

En relación a la documentación incluida en inglés, el documento DEUC de tres de las empresas que prestarían su solvencia técnica, el modelo que debería haber sido utilizado por la empresa licitadora fue publicado, atendiendo el artículo 141 de la LCSP, como documentación de esta licitación en el perfil del contratante de Extenda en sus formatos PDF y XML, ambos en español, y dando instrucciones en el Anexo II-B para su uso. La presentación de oferta supone, como indica el artículo 139 de la LCSP, el conocimiento y aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de las cláusulas y condiciones de los pliegos y resto de documentación que rigen la licitación.

Por todo lo anterior, esta Mesa acuerda excluir a la licitadora N.Y.T. por haber presentado en fase de subsanación, documentación en inglés no permitida en esta licitación y cuya subsanación no procede ya que se trataría de una “subsanación de la subsanación” vulnerando gravemente el principio de igualdad de trato hacia las empresas licitadoras.”

Contra dicho acuerdo de exclusión la recurrente interpone el presente recurso, fundándolo en que su documentación presentada en inglés no requiere traducción y, de ser requerida, está aportada al proceso y que con la exclusión de su oferta se ha vulnerado el principio antiformalista que debe presidir tal decisión.

La recurrente alega que “Los DEUC presentados por esta parte no están “redactados en otras lenguas”. Los DEUC presentados en el formulario en inglés (que se adjuntan a este documento como Anexos IV, V y VI) se han generado utilizando el documento XML facilitado por la propia Agencia Andaluza de Promoción Exterior S.A. para este expediente, titulado “DEUC XML”, que aparece como documentación de la licitación en el perfil de contratante. Por tanto, los DEUC aportados están completados en español, pese a presentarse en el formulario en inglés, disponible para los licitadores en la propia página web señalada por EXTENDA para su uso por los licitadores.”



Así entiende que *“Requerir que se traduzcan, además, cada uno de los formularios normalizados equivalentes, pese a que su contenido traducible es exactamente igual entre ellos y declarado legalmente equivalente al aportado en español y aprobado por el reglamento comunitario, supone a juicio de esta parte un formalismo absurdo e innecesario, contrario a los objetivos del reglamento de ejecución 2016/7 de la Comisión y un obstáculo no justificado a que participen en el proceso empresas de países cuyo idioma oficial no es el español.”*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso se reitera en los argumentos de la mesa de contratación expuestos en el acta de la sesión en la que se acuerda su exclusión, añadiendo que *“el modelo que debería haber sido utilizado por la empresa licitadora fue publicado, atendiendo el artículo 141 de la LCSP, como documento de esta licitación en el perfil del contratante de Extenda en sus formatos PDF y XML, ambos en español, y dando instrucciones en el Anexo II-B del PCAP para su uso”*, debiendo ceñirse a los pliegos y solicitando la desestimación del recurso.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Vistas la alegaciones de las partes procede analizar el fondo de la controversia. Al respecto, la cuestión a dilucidar es si la actuación de la mesa de contratación al excluir a la ahora recurrente, debe estimarse adecuada en orden a entender cumplidas las exigencias legales y del propio pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

Se ha de recordar, al efecto, el contenido del artículo 139 de la LCSP que dispone *“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, (...)”*.

Como dispone la cláusula 3.4 del PCAP al regular el contenido de las proposiciones *“Toda la documentación de las proposiciones presentadas deberá venir en castellano, salvo que se indique lo contrario en el presente pliego. Cuando no se admita lengua distinta, la documentación redactada en otra lengua deberá acompañarse de la correspondiente traducción oficial al castellano. “*

Por otro lado, y de acuerdo con el artículo 3 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 y la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, el castellano es la lengua oficial en Andalucía, así se expresa que:

- “1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla.
2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos”.

En este sentido, no existe expreso reconocimiento de ninguna otra lengua distinta al castellano en dicho Estatuto.

Al respecto debe traerse a colación el artículo 15 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), cuando aborda la lengua de los procedimientos, señalando que:



“1. La lengua de los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado será el castellano. No obstante lo anterior, los interesados que se dirijan a los órganos de la Administración General del Estado con sede en el territorio de una Comunidad Autónoma podrán utilizar también la lengua que sea cooficial en ella.

En este caso, el procedimiento se tramitará en la lengua elegida por el interesado. Si concurrieran varios interesados en el procedimiento, y existiera discrepancia en cuanto a la lengua, el procedimiento se tramitará en castellano, si bien los documentos o testimonios que requieran los interesados se expedirán en la lengua elegida por los mismos.

2. En los procedimientos tramitados por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, el uso de la lengua se ajustará a lo previsto en la legislación autonómica correspondiente.

3. La Administración Pública instructora deberá traducir al castellano los documentos, expedientes o partes de los mismos que deban surtir efecto fuera del territorio de la Comunidad Autónoma y los documentos dirigidos a los interesados que así lo soliciten expresamente. Si debieran surtir efectos en el territorio de una Comunidad Autónoma donde sea cooficial esa misma lengua distinta del castellano, no será precisa su traducción”.

En este sentido, como viene expresando la ya reiterada doctrina de este Tribunal, 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, y al propio órgano de contratación.

Así lo hemos sostenido, entre otras muchas, 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.*”

En relación a ello, este Tribunal, ha de poner de manifiesto, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 45/2017, 2 de marzo, y 200/2017, de 6 de octubre y 14/2021, de 21 de enero, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras.

Por otra parte, como afirma el órgano de contratación en su informe al recurso, “*Los pliegos rigen no sólo para los licitadores sino también para el órgano gestor que promueve la licitación, motivo por el que siendo claros los términos y requisitos establecidos en la licitación, Extenda no puede sino ceñirse a lo establecido en la misma, no pudiendo aceptar documentos en idioma distinto al castellano si no vienen acompañados de la correspondiente traducción*”; no siendo el DEUC uno de los documentos admitidos en otro idioma por el PCAP.

Así, conforme a lo dispuesto en la citada cláusula, la recurrente pudo presentar los DEUC en castellano o en inglés acompañados de la traducción oficial, sin que tras haber aceptado los pliegos al presentar su oferta pueda pretender que se admitan estos en inglés sin la traducción exigida.

Sin embargo, no cabe exigir que los DEUC se presenten necesariamente en castellano y por tanto no cabe que se excluya la oferta de la recurrente “*por haber presentado en fase de subsanación, documentación en inglés no*



permitida en esta licitación”, pues en la licitación se admite la documentación en inglés si bien se exige la traducción oficial, defecto del que adolece la documentación presentada por la recurrente en subsanación.

En consideración de este Tribunal, se trata de un defecto puramente formal el que ha causado la exclusión de la oferta de la recurrente. Y, siendo el acuerdo de exclusión la opción más gravosa para las licitadoras, debe adoptarse si no existe otra en aras de una mayor concurrencia. Por ello, este Tribunal considera que el órgano de contratación debió solicitar a la recurrente la aportación de la traducción oficial antes de proceder a la exclusión

En este sentido, el artículo 95 de la LCSP dispone: *“El órgano de contratación o el órgano auxiliar de éste podrá recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos anteriores o requerirle para la presentación de otros complementarios”*.

En relación a la consideración del trámite de aclaración como distinto al de subsanación, este Tribunal desde la Resolución 52/2019, de 27 de febrero viene señalando que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Recomendación 2/2002, ya analizó la distinta finalidad de los plazos previstos en los artículos 22 y 81.2 del RGLCAP -este último contiene el trámite de subsanación de la documentación administrativa, ahora regulado en el artículo 141.2 LCSP- concluyendo que *“ambos plazos no son excluyentes, por lo que se podrán presentar supuestos en que hayan de aplicarse los dos en un mismo procedimiento de contratación, bien sea de forma simultánea o sucesiva”*.

Pues bien, aplicándolo al caso concreto, la documentación a aportar es la traducción de los documentos ya aportados, no se trata de corregir defecto o error de la oferta, y en nada va a modificar, ni completar el contenido de la misma, por lo que no puede entenderse como subsanación de la subsanación, sino como una documentación complementaria que aclara la oferta al hacerla comprensible, sin añadir nada a la oferta presentada.

Ha de tenerse en cuenta que a la vista del criterio jurisprudencial consolidado por el Tribunal Supremo en la citada Sentencia, de 6 de julio de 2004, dictada en casación para unificación de doctrina -Recurso 265/2003-, una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados actualmente en el artículo 1 de la LCSP, la libre concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (doctrina recogida en las Resoluciones de este Tribunal, entre otras, en la 38/2014, de 3 de marzo, 99/2016, de 13 de mayo, 22/2017, de 27 de enero, 309/2018, de 9 de noviembre y 72/2019, de 14 de marzo).

Partiendo de esta premisa, por último ha de hacerse referencia al principio de proporcionalidad asentado por la jurisprudencia comunitaria -Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08)- y elevado a rango de principio de la contratación en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, que exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (v.g. Resoluciones de este Tribunal 323/2016, de 15 de diciembre y 172/2019, de 17 de enero, entre otras). Asimismo, el principio resulta de alcance legal en la nueva LCSP, toda vez que el artículo 132 de la misma dispone que *“Los órganos de contratación darán*



a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.”

Procede, por tanto, la estimación parcial del recurso y en consecuencia anular el acuerdo de la mesa de contratación de 19 de enero de 2023 de exclusión de la oferta de la recurrente con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado para que por la mesa de contratación se solicite aclaración o documentación complementaria ex artículo 95 de la LCSP, concretamente la traducción oficial del DEUC ya presentado, conservando la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción, sin que pueda admitirse la presentación de un nuevo DEUC tanto en castellano como en inglés traducido al castellano.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **N.Y.T.** contra el acuerdo, de 19 de enero de 2023, de la mesa de contratación por el que se declara su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado “Contratación de servicios de asesoramiento jurídico para la Internacionalización en Estados Unidos y Canadá” (Expte. 2022-083), convocado por la Empresa Pública Andaluza de Promoción Exterior S.A., adscrita a la Consejería de Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa, y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 3 de febrero de 2023.

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 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.

