

Recurso 353/2024
Resolución 374/2024
Sección tercera

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

Sevilla, 20 de septiembre de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLUB DEPORTIVO PATÍN ESPARTINAS** contra el acuerdo de exclusión de 4 de septiembre de 2024 en el procedimiento de contratación denominado “Servicio de Escuelas Deportivas Municipales en el municipio de Espartinas para la temporada 2024/2025”, promovido por el Ayuntamiento de Espartinas (Sevilla) (Expte. 1904/24), respecto del lote nº 8, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 de julio de 2024, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día, los pliegos de la contratación fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 980.376,96 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y disposiciones de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 9 de septiembre de 2024, se interpone recurso especial en el registro del órgano de contratación. El recurso se remite a este Tribunal el día 10 de septiembre de 2024.

No ha sido necesario que la Secretaría del Tribunal dé traslado del recurso al órgano de contratación, ni recabar la documentación necesaria para su tramitación y resolución, pues tuvo lugar su entrada en el Tribunal junto con el escrito de recurso.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, no se han formulado.

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 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; toda vez que el Ayuntamiento de Espartinas (Sevilla) 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.

Ostentan legitimación la recurrente para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, dada su condición de entidad licitadora, del lote 8 en el procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone formalmente contra la exclusión de dicha entidad de un contrato de servicios con valor estimado superior a cien mil de euros, convocado por una 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, letra a) y apartado 2, letra 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 expediente, el recurso se ha presentado dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Consideraciones sobre el motivo de exclusión. Alegaciones de las partes.

El 27 de agosto de 2024, se celebra la primera sesión de la mesa de contratación del expediente para la apertura de la documentación administrativa y la comprobación del cumplimiento de los requisitos previos de aptitud para contratar. Una de las proposiciones que se examinan durante la sesión es la de la entidad recurrente, cuya documentación debía ser subsanada pues el DEUC aportado no se correspondía con el modelo de formulario oficial, al cual se tiene acceso a través de la cláusula 15.1 del PCAP. Tampoco aportaba el Anexo II, relativo al compromiso de adscripción de medios, otorgándole la calificación de “Admitido provisionalmente” en el procedimiento.

Los términos de la subsanación fueron:

“Se le requiere para que, en el plazo de tres (3) días hábiles desde el envío de la presente comunicación, subsane las deficiencias observadas en la documentación administrativa y que se mencionan en la propia comunicación. En el caso de que, tras el plazo de subsanación, persistan las deficiencias o el licitador no atienda al requerimiento, se le dará por excluido definitivamente del procedimiento.

(...)

El DEUC aportado no se corresponde con el modelo de formulario oficial, al cual se tiene acceso a través de la cláusula 15.1 del PCAP, ni aporta el Anexo II, relativo al compromiso de adscripción de medios.

** Capacidad de Obrar-Capacidad de obrar (Subsanable): El DEUC no se corresponde con el modelo de formulario oficial, al cual se tiene acceso a través de la cláusula 15.1 del PCAP, ni aporta el Anexo II, relativo al compromiso de adscripción de medios.*

** Capacidad de Obrar-No prohibición para contratar (Subsanable):*

** Solvencia Técnica/Económica-Cifra anual de negocio (Subsanable):*

** Solvencia Técnica/Económica-Maquinaria, material y equipo técnico para la ejecución del contrato (Subsanable):*



* Solvencia Técnica/Económica-Seguro de indemnización(Subsanable):

* Solvencia Técnica/Económica-Trabajos realizados (Subsanable):”

El acuerdo de exclusión de 4 de septiembre de 2024 señala: “En tanto que el Anexo II presentado ha sido cumplimentado y firmado con posterioridad a la finalización del plazo de presentación de ofertas, no puede considerarse subsanada la documentación presentada, ya que no es admisible la presentación de documentos ex novo, sino la de documentos no presentados originalmente, pero anteriores a la fecha final de presentación de ofertas.”

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Expresa que la argumentación de la exclusión carece de razón.

Indica que el acuerdo de exclusión incurre en una auténtica contradicción, dados los términos del requerimiento de subsanación. Estima que dado “que no se cuestionaba el carácter subsanable o no de los defectos producidos, toda vez que se llegaba a la conclusión de que eran perfectamente subsanables, la cuestión a considerar era el momento de presentación de subsanación en el tiempo, si estaba o no fuera de plazo, y he aquí la propia contradicción en el que incurre la mesa en su criterio al indicar que las deficiencias subsanadas se habían hecho con posterioridad a la finalización del plazo para la presentación de las licitaciones o candidaturas”.

Señala que “en la propia convocatoria para subsanar los defectos considerados formales, se indica que “DESDE”, que es la clave para considerar que la exclusión es improcedente, pues efectivamente el plazo a subsanar era a contar desde el envío de la comunicación provisional”.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Reproduce en su escrito de alegaciones el art. 140.3 LCSP, en el sentido de que 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.”

Literalmente refleja la cláusula 9 del PCAP, que dice: “Solo podrán ser adjudicatarias de este contrato las empresas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 65 y siguientes de la LCSP, reúnan los requisitos de aptitud que se enumeran en los siguientes apartados, que deberán cumplirse en la fecha final de presentación de ofertas y en el momento de formalizar el contrato.”

A su vez señala que cláusula 17.2.6 in fine del PCAP: “Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refiere el art. 140 LCSP, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato. A tal efecto, los documentos acreditativos han de estar otorgados o estar vigentes a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, y subsistir en el momento de la perfección del contrato.”

Además, hace alusión a la resolución de una consulta en el Informe 9/06 de la Junta Consultiva de Contratación Pública.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Señala el artículo 139 de la LCSP, que dispone en su primer apartado 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”.

Se debe distinguir entre las subsanaciones en la documentación administrativa y la subsanación de la oferta técnica o económica, concebida la primera con la mayor amplitud, y siendo excepcional la segunda, distinguiéndose en este caso, entre simples defectos formales que son subsanables y sustanciales que no pueden ser objeto de dicha subsanación. La razón de que estos defectos sustantivos no sean subsanables reside en que nos hallamos en estos casos de contratos administrativos en procedimientos de concurrencia competitiva, en los que hay que salvaguardar los intereses de todos los participantes, que se verían perjudicados si cumpliendo algunos de ellos escrupulosamente los requisitos materiales para participar, se otorgase a aquellos que no los cumplen una oportunidad de subsanar los defectos o incumplimientos en los requisitos sustantivos en los que incurriesen.

Se ha de ponderar el necesario equilibrio entre los principios de concurrencia y antiformalista, con los de igualdad, lex contractus y transparencia en un procedimiento de concurrencia competitiva, como es el procedimiento de contratación, en el que hay que salvaguardar los intereses de todos los participantes, que se verían perjudicados si cumpliendo algunos de ellos escrupulosamente los requisitos establecidos, se otorgase a aquellos que no los cumplen una oportunidad de subsanar los defectos o incumplimientos en los requisitos sustantivos en los que incurriesen.

La declaración responsable es un medio por el que el licitador manifiesta en el procedimiento licitatorio que cumple con todos los requisitos exigibles tanto en la LCSP como en los pliegos de contratación, considerando éstos últimos la ley del contrato o “*Lex Contractus*”. Siempre que la mesa de contratación intervenga y observe que la declaración responsable adolece de defectos subsanables, deberá otorgar un plazo al licitador para que los subsane.

En efecto, una vez haya sido presentada la declaración responsable, y en los casos en los que se establezca la intervención de mesa de contratación, ésta se ocupará de su revisión y, en el supuesto de que aprecie defectos subsanables, concederá un plazo de tres días al licitador para que los corrija sin posibilidad de que sea directamente excluido por dicha circunstancia (artículo 141.2 de la LCSP).

Este Tribunal en la Resolución 375/2021, en consonancia con el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, sostiene de manera reiterada en muchas de sus resoluciones el carácter esencialmente subsanable de los defectos u omisiones de la documentación general acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, entre otras, sirvan de ejemplo las Resoluciones 31/2013, de 25 de marzo, 123/2014, de 20 de mayo, 420/2015, de 10 de diciembre, 174/2016, de 27 de julio, 230/2017, de 3 de noviembre, 172/2019, de 23 de mayo y 184/2020, de 1 de junio.

El compromiso de adscripción de medios del artículo 76 de la LCSP no puede confundirse con la solvencia técnica o profesional, que ha de poseerse en el momento de licitar. En caso de exigencia de adscripción de medios, los licitadores sólo están obligados a incluir en su documentación un compromiso de adscripción, una declaración de que, en caso de resultar adjudicatario adscribirá a la ejecución del contrato los medios exigidos. La acreditación de esa disposición se exigirá únicamente al licitador que, por haber presentado la oferta más ventajosa, vaya a ser adjudicatario, conforme a lo dispuesto en el art. 150.2 LCSP, el cual, con carácter previo a la adjudicación, acreditará que dispone de tales medios en ese momento procedimental, no siendo necesario que dispusiere de ellos en el momento de licitar.



En relación con la adscripción de medios, el requisito inicial es pues, presentar el compromiso, no disponer de los medios en el momento de concurrir, ni acreditar dicha disposición. El artículo 76.2 de la LCSP permite que los órganos de contratación puedan exigir a los licitadores que, además de acreditar su solvencia o clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios materiales o personales suficientes para ello, configurando una obligación adicional de proporcionar a la ejecución del contrato unos medios, materiales o personales, concretos, de entre aquéllos que sirvieron para declarar al empresario apto para contratar con la Administración.

El artículo 76.2 de la LCSP sólo exige que los licitadores presenten un compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de determinados medios materiales o personales, cuya materialización sólo debe exigirse al que resulte primer clasificado en la licitación del contrato.

Es en el momento previo al acto de adjudicación cuando el órgano de contratación puede exigir al adjudicatario que acredite que realmente cuenta con los medios materiales o personales que se comprometió a adscribir a la ejecución del contrato, como dispone el artículo 150.2 LCSP, por lo que, no es obligado ni exigible disponer de los medios comprometidos hasta el momento previo a la adjudicación del contrato, es decir para que una vez formalizado aquel, pueda iniciarse la ejecución en los términos establecidos en los pliegos y en la oferta aceptada, no pudiendo imponerse que se acredite disponer de tales medios durante el proceso de licitación del contrato previo al requerimiento del artículo 150.2 LCSP, ni sancionarlo en otro caso con la exclusión de la licitación.

Por ello, la declaración que se realiza a través del compromiso de medios debe considerarse subsanable, sin que el límite del plazo de presentación de ofertas pueda considerarse preclusivo en cuanto a la realización de una mera declaración, como ocurre cuando por ejemplo por algún error no ha entrado un DEUC, debidamente firmado, con fecha anterior a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas.

El órgano de contratación, en el trámite de presentación de documentación previsto en el artículo 150.2 LCSP, habrá de comprobar que el licitador que ha presentado la oferta más ventajosa dispone efectivamente de los medios que se hubiera comprometido a dedicar o adscribir al contrato de acuerdo con el PCAP. Esta comprobación es cualitativamente distinta de la de la fase de comprobación de la documentación del sobre 1, en la que basta con el compromiso de adscripción, mientras que en el trámite previsto en el artículo 150.2 LCSP, la documentación exigida al licitador propuesto como adjudicatario que este debe aportar ha de ser suficientemente acreditativa de la efectividad de la adscripción de los medios exigidos, que no se refieren a un momento anterior a la fecha de finalización del plazo de presentación de las ofertas.

Por todo lo expuesto, la no aportación del Anexo II relativo al compromiso de adscripción de medios, debe considerarse subsanable.

Por todo ello debe anularse el acuerdo de exclusión y con ello estimarse el recurso especial.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación parcial del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en el fundamento de derecho sexto de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el acuerdo de exclusión respecto de la fundación recurrente, a efectos de retrotraerse el procedimiento y seguir con esta su participación en el lote nº 8.

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



ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el **CLUB DEPORTIVO PATÍN ESPARTINAS** contra el acuerdo de exclusión de 4 de septiembre de 3034 en el procedimiento de contratación denominado “Servicio de Escuelas Deportivas Municipales en el municipio de Espartinas para la temporada 2024/2025”, promovido por el Ayuntamiento de Espartinas (Sevilla) (Expte. 1904/24), respecto del lote nº 8, 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 séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. 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.

