

Recurso 343/2018**Resolución 58/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 7 de marzo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PUBLIPS SERVICEPLAN, S.A.** contra el acuerdo, de 23 de agosto de 2018, de la mesa de contratación por el que se excluye a la entidad con relación al contrato denominado “Servicios para el desarrollo de una estrategia de Inbound Marketing para Turismo y Planificación Costa del Sol, S.L.U.” (Expte. SLU-2018-PDC-DMU-0001), convocado por la citada entidad Turismo y Planificación Costa del Sol, S.L.U. entidad instrumental adscrita a la Diputación de Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 9 de junio de 2018, se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación, por el procedimiento de diálogo competitivo, relativo al contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Con esa misma fecha el anuncio de licitación fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea con el n.º 2018/S 109-248277.



El valor estimado del contrato asciende a 363.000 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. En sesión celebrada el 23 de agosto de 2018, la mesa de contratación acordó excluir a la entidad PUBLIPS SERVICEPLAN, S.A. del procedimiento de dialogo competitivo mencionado anteriormente. Dicho acuerdo fue remitido a la entidad recurrente el día 18 de septiembre de 2018.

CUARTO. La entidad PUBLIPS SERVICEPLAN, S.A. (en adelante PUBLIPS) presentó, el 26 de septiembre de 2018, en el Registro de este órgano escrito de recurso especial en materia de contratación contra el citado acuerdo de la mesa de contratación de 23 de agosto de 2018.

QUINTO. Por parte de la Secretaría de este Tribunal, el 27 de septiembre de 2018, se le da traslado al órgano de contratación del escrito de 25 interposición de recurso y se le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, dándose cumplimiento a lo solicitado, el 3 de octubre de 2018.

SEXTO. Con fecha 10 de octubre de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles



siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo señalado para ello la entidad WE ARE MARKETING, S.L.

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso con carácter general se han cumplido los plazos legales salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 y 4 de la LCSP, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública -actual Consejería de Hacienda, Industria y Energía-, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por una entidad instrumental adscrita a la Diputación Provincial de Málaga, entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 17 de diciembre de 2012 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Diputación Provincial de Málaga, al amparo del artículo 10.3 del citado Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. 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. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de licitación es un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 363.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador y el objeto del recurso es el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye a la entidad recurrente del procedimiento de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1. a) y 2. b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”*.

En el supuesto analizado, el contenido del acuerdo objeto de impugnación fue publicado en el perfil de contratante el 17 de septiembre de 2018; asimismo, consta en el expediente correo electrónico remitido -el 18 de septiembre de 2018- por el órgano de contratación a la entidad recurrente donde se le comunica su exclusión, por tanto, la presentación del recurso especial el 26 de septiembre de 2018 en el Registro de este Tribunal se debe considerar realizada dentro del plazo legal previsto para ello.

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



La recurrente manifiesta en su escrito que la entidad fue descartada del procedimiento de contratación al considerar la mesa de contratación que no había acreditado suficientemente la solvencia técnica o profesional exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) rector del presente procedimiento de licitación. Sobre lo anterior, considera que el PCAP es confuso en su redacción en cuanto a la exigencia de los medios de acreditación de la referida solvencia por lo que -afirma- en tanto que ella no puede verse perjudicada por una oscuridad que no ha provocado, la mesa de contratación no debió de descartarla del procedimiento de contratación.

En este sentido, la recurrente argumenta que la mesa de contratación al menos le debió de ofrecer la posibilidad de subsanación en aplicación del artículo 95 de la LCSP y 22 del RGLCAP.

Las pretensiones de la entidad recurrente se articulan en una petición principal y dos peticiones cada una subsidiaria de la anterior:

- La principal es que se anule el acuerdo impugnado, con retroacción de las actuaciones para que se declare que la entidad cumple con los requisitos de solvencia técnica o profesional y se continúe el procedimiento.
- Subsidiariamente, que se anule el acuerdo de exclusión, con retroacción de las actuaciones para que se conceda a la recurrente plazo de subsanación relativo a la documentación presentada para acreditar la mencionada solvencia.
- Finalmente, y en caso de que ninguna de las pretensiones anteriores sea estimada, PUBLIPS solicita la anulación del acuerdo por el que se descarta su oferta, ordenando la nulidad del procedimiento, con retroacción al momento anterior a la redacción de los pliegos.

La recurrente solicita además trámite de vista del expediente de contratación y que se le indemnice por los daños y perjuicios sufridos.

Por otro lado, el órgano de contratación manifiesta en el informe sobre el recurso presentado, que la entidad PUBLIPS ya planteó ante el órgano de contratación



determinadas dudas con relación a la forma de acreditar la solvencia técnica o profesional y que las mismas fueron resueltas mediante correos electrónicos que le fueron remitidos el 6 y el 9 de julio de 2018. En este sentido, el órgano de contratación afirma que aunque considera que la actuación de la mesa de contratación se encuentra totalmente justificada, ha suspendido cautelarmente el procedimiento de licitación y entiende que se debería dar a la entidad licitadora la posibilidad de subsanar puesto que se trata de documentación a la que se refiere el artículo 140 de la LCSP. En este sentido, manifiesta que la mesa de contratación concederá plazo de subsanación de tres días hábiles a los licitadores por los defectos detectados en la documentación presentada junto con la solicitud de participación concluyendo que en el supuesto de que algún licitador no proceda a la subsanación será excluido.

Finalmente, la entidad interesada WE ARE MARKETING, S.L. se opone al escrito de recurso manifestando que la actuación de la mesa de contratación fue ajustada a derecho esgrimiendo una serie argumentos que aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Vistos los motivos contenidos en el escrito de recurso procede ahora su análisis.

En primer lugar, procede analizar la petición realizada por la recurrente mediante *«otro sí primero digo»* por la que solicita: *«interesa el derecho de esta parte valerse para la vista de los siguientes medios de prueba documental consistente en el expediente de contratación y documentación que lo conforma»*.

Sobre lo anterior, este Tribunal ha de manifestar que el trámite de acceso al expediente queda regulado en el artículo 52 de la LCSP, donde se prevé que si el interesado desea examinar el expediente de forma previa a la interposición del recurso especial debe solicitarlo al órgano de contratación -sin que la solicitud paralice el plazo para la interposición del recurso- de forma tal que solo en el supuesto en el que el órgano de contratación incumpla con este deber será el Tribunal el que conceda a la recurrente el acceso al expediente de contratación.



En el presente supuesto PUBLIPS no indica en su escrito ninguna de las cuestiones mencionadas anteriormente, es decir, no alega que haya solicitado el trámite de acceso al expediente al órgano de contratación ni que este le haya denegado la vista del expediente, por todo lo anterior, este Tribunal considera que no procede conceder el trámite solicitado.

Por otro lado, y como se ha señalado, PUBLIPS combate la decisión de la mesa de contratación por la que se descarta su oferta del procedimiento de licitación, realizando una petición principal por la que solicita que se anule el acuerdo, que se declare que cumple con los requisitos de solvencia técnica y profesional establecidos en el pliego, y que continúe el procedimiento. Subsidiariamente, solicita que se le conceda plazo para subsanar y subsidiariamente a todo lo anterior que se anule todo el procedimiento, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a la redacción de los pliegos.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe al recurso propone que la mesa de contratación proceda a dar trámite de subsanación a todos los licitadores excluidos, concediendo un plazo de tres días hábiles. De lo alegado por el órgano de contratación, el Tribunal considera que este se allana respecto de la primera pretensión subsidiaria resultando, pues, que debe ser ahora objeto de análisis la pretensión principal y en el caso de que esta resulte desestimada se habrá de entrar a analizar la legalidad del mencionado allanamiento del órgano de contratación.

Pues bien, procede en este momento reproducir aquellas partes del expediente administrativo remitido por el órgano de contratación necesarias para centrar el objeto del debate para a continuación analizar las pretensiones contenidas en el escrito de recurso.

En este sentido, el objeto de la controversia deriva de la valoración realizada por parte de la mesa de contratación de la solicitud presentada por la entidad recurrente para participar en el diálogo competitivo y, en particular, de la interpretación que



hizo la mesa de las exigencias contenidas en el PCAP respecto de la documentación que PUBLIPS presentó para acreditar su solvencia técnica o profesional.

En lo que aquí interesa, en la cláusula 20 del PCAP se indican los criterios de selección de candidatos estableciendo que la elección se llevará a cabo teniendo en cuenta la puntuación obtenida por cada participante atendiendo a su solvencia económica-financiera y técnica o profesional.

Respecto a la valoración de la solvencia técnica, se indica en la mencionada cláusula del PCAP que: *«el criterio valorable para la acreditación de la solvencia técnica o profesional será el de la experiencia en la realización de servicios del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto de contrato, que se acreditará mediante la prestación de los servicios efectuados por el interesado en el curso de los cinco últimos años, avalado por certificados de buena ejecución correspondientes al último año concluido».*

A lo anterior se acompaña una tabla que relaciona la experiencia con los puntos obtenidos.

Los medios para acreditar la solvencia técnica o profesional quedan regulados en la cláusula 25 apartado 3 del PCAP, donde se indica: *«se acreditará mediante la relación de los trabajos efectuados por el interesado en el curso de los dos últimos años correspondientes al mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato, avalados por certificados de buena ejecución, y el requisito mínimo será que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% del valor estimado del contrato».* Más adelante se indica que: *«el incumplimiento de cualquiera de los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional anteriormente expuestos será causa de exclusión de la entidad concurrente para formar parte del diálogo competitivo».*

Según se refleja en el acta de la mesa de contratación de 23 de agosto de 2018, esta realiza la siguiente manifestación con relación a los certificados presentados por PUBLIPS para la acreditación de su solvencia técnica o profesional: *«ninguno de los certificados de buena ejecución exigido para la acreditación de la solvencia técnica*



han sido admitidos por no incluir el importe del contrato». Por lo anterior, y según consta en el acta la mesa de contratación esta acuerda excluir a la mencionada entidad.

La recurrente se alza contra el acuerdo de la mesa de contratación argumentando que en las cláusulas mencionadas del PCAP se indica que la acreditación de la solvencia técnica o profesional se debe realizar mediante una relación de los trabajos efectuados y que los mismos deben ser avalados por certificados de buena ejecución, sin embargo, -afirma- en ningún lugar del PCAP se establece la exigencia de que se detalle el importe de los trabajos. En este sentido, considera PUBLIPS que resulta evidente que la relación de los trabajos realizados se debe referir a aquellos que cumplen con el requisito económico establecido en la cláusula 25 apartado 3 del PCAP -anteriormente reproducido- y que así resulta de los presentados por ella ya que todos ellos tienen un importe de ejecución superior al 70% del valor estimado del contrato.

Además de lo anterior, la recurrente argumenta que existe oscuridad o falta de claridad en los requisitos de solvencia técnica o profesional establecidos en el PCAP y que ello no le puede perjudicar en tanto que PUBLIPS no la ha ocasionado. En este sentido, manifiesta que si en los certificados se debía señalar el importe económico ello debió de ser especificado de forma expresa en el PCAP.

Por todo lo anterior, la recurrente considera que la mesa de contratación se extralimitó en sus funciones al descartarla del procedimiento de contratación por una causa que no está prevista en el PCAP.

Pues bien, a la vista de lo anterior, queda claro que el objeto de la controversia se centra en dilucidar si en el PCAP quedaba suficientemente claro que los certificados de buena ejecución justificativos de la relación de los trabajos aportada -para la acreditación de la solvencia técnica o profesional- debían incluir el importe del contrato o si por el contrario -como defiende la recurrente- el PCAP adolece de falta



de claridad y de su contenido no se puede extraer que estos certificados deban de contener el importe del contrato.

Este Tribunal tras analizar el contenido del PCAP considera que no se puede atender a lo alegado por la recurrente en su petición principal. Como se ha mencionado, la recurrente entiende que de la literalidad de la cláusula 25 apartado 3 del PCAP no se puede discernir la exigencia, para la acreditación de la solvencia técnica o profesional, relativa a que aparezca el importe de los trabajos en los certificados de buena ejecución puesto que este dato no se solicita expresamente.

Sin embargo, este Tribunal considera que la alegación de la recurrente no se puede admitir por varias razones; en primer lugar, porque en la cláusula 25 apartado 3 del PCAP, se menciona el requisito mínimo para acreditar la solvencia técnica o profesional; a saber, que los trabajos efectuados se correspondan con la naturaleza del contrato y que: *«el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% del valor estimado del contrato»* sin que se aprecie oscuridad o ambigüedad en la redacción de cláusula. Por tanto, si se solicita un importe anual mínimo para acreditar esta solvencia resulta lógico que esta cuantía deba ser indicada en la documentación acreditativa para que pueda ser objeto de comprobación.

La recurrente afirma que todos los trabajos incluidos en la relación que presentó en su solicitud de participación tienen un importe de ejecución superior al 70% del valor estimado del contrato. Sin embargo, al no acreditarlo impidió que la mesa de contratación pudiera comprobar si disponía o no de la solvencia exigida.

En este sentido, procede manifestar que es una de las competencias de la mesa de contratación la calificación de la documentación acreditativa de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141 de la LCSP y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento -previo trámite de subsanación- según queda recogido en el artículo 326 de la LCSP. Sentado lo anterior, resulta claro que sin los datos correspondientes a los importes de los



trabajos ejecutados no resulta posible para la mesa de contratación la comprobación de si una entidad licitadora cumple o no con los requisitos de solvencia técnica o profesional establecidos en el PCAP, por lo tanto, también desde esta perspectiva resulta evidente que los licitadores deben indicar los importes de los trabajos ejecutados.

Visto lo anterior, este Tribunal considera que no existe la falta de claridad alegada por la recurrente y que sí resulta necesario que se indiquen los importes de los trabajos para que la mesa de contratación pueda comprobar la suficiente acreditación de la solvencia técnica o profesional, por lo que acuerda la desestimación del motivo principal de recurso.

SÉPTIMO. Como petición subsidiaria de la principal, la recurrente solicita que se anule el acuerdo por el que se descarta su oferta y se retrotraigan las actuaciones para que se le conceda un plazo para subsanar la documentación acreditativa de la solvencia técnica o profesional.

Por su parte, el órgano de contratación propone en su informe al recurso que la mesa de contratación proceda dar trámite de subsanación de los defectos contenidos en sus solicitudes a todos los licitadores afectados.

Tal reconocimiento por parte del órgano de contratación debe considerarse como un allanamiento a las pretensiones del recurso y al no existir una regulación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico administrativo ni contractual, hemos de acudir al artículo 75.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforme al cual *“Producido el allanamiento, el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oírá por plazo común de diez días, dictando luego la sentencia que estime ajustada a Derecho”*.



En el supuesto examinado, el reconocimiento o allanamiento de la Administración a la pretensión de PUBLIPS no constituye infracción alguna del ordenamiento jurídico. Antes al contrario, y como el órgano de contratación indica en su informe, al encontrarnos ante documentación acreditativa recogida en el artículo 140 de la LCSP, efectivamente, debe concederse trámite de subsanación en el supuesto en el que la documentación presentada por un licitador adolezca de defectos tal y como se indica en los artículos 141 y 326.2 a) de la LCSP.

Sin embargo, sobre la manifestación del órgano de contratación proponiendo dar trámite de subsanación a todas las licitadoras excluidas hay que tener en cuenta que este Tribunal -en virtud del principio de concurrencia- solo se puede pronunciar sobre el trámite de subsanación que se debe conceder a la entidad recurrente.

Así las cosas, el recurso debe estimarse, anulando el acto impugnado en cuanto a la exclusión de la proposición de la recurrente con retroacción de las actuaciones, a fin de que se le conceda a esta trámite de subsanación, con continuación en su caso del procedimiento.

Finalmente, respecto a la alegación de la recurrente por la que solicita una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, este Tribunal considera que dicha solicitud no cumple con los requisitos exigidos en el artículo 58 de la LCSP, puesto que la entidad recurrente no menciona ni cuantifica los daños o perjuicios que le ha podido ocasionar la infracción legal que ha dado lugar al recurso, ni indica los gastos que le ha conllevado la preparación de la solicitud para participar en el procedimiento de licitación, por tanto, no se puede atender a esta petición procediendo pues su desestimación.

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



ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PUBLIPS SERVICEPLAN, S.A.** contra el acuerdo, de 23 de agosto de 2018, de la mesa de contratación por el que se excluye a la entidad con relación al contrato denominado “Servicios para el desarrollo de una estrategia de Inbound Marketing para Turismo y Planificación Costa del Sol, S.L.U.” (Exppte. SLU-2018-PDC-DMU-0001), convocado por la citada entidad Turismo y Planificación Costa del Sol, S.L.U. entidad instrumental adscrita a la Diputación de Málaga y, en consecuencia, declarar la nulidad del mencionado acuerdo de la mesa de contratación, para que se le conceda trámite de subsanación a la recurrente en los términos expresados en el fundamento de derecho séptimo.

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.

TERCERO. Notificar 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.

