

Recurso 176/2014
Resolución 77/2015

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 24 de febrero de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **RHODAS ALBAÑILERÍA EN GENERAL, S.L.** contra el acuerdo de exclusión de la licitación adoptado por la mesa de contratación, el 11 de abril de 2014, en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de transporte, montaje, mantenimiento y desmontaje de las instalaciones de las playas de La Barrosa y Santi Petri en el término municipal de Chiclana de la Frontera”, convocado por Chiclana Natura, S.A., empresa pública perteneciente íntegramente al Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera de Cádiz (Expte. SG-CON 05/2014), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 20 de febrero de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Dicho anuncio fue publicado



también en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación del Estado, el día 24 de febrero de 2014. Asimismo, con fecha 14 de marzo de 2014, el citado anuncio fue publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 63. Finalizando el plazo de presentación de ofertas el 31 de marzo de 2014.

El valor estimado del contrato es de 963.873,60 €.

Entre las empresas que concurrieron al procedimiento de adjudicación del contrato se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. En la sesión de la mesa de contratación de 11 de abril de 2014, se procedió a la apertura de los sobres A de las empresas que presentaron ofertas en el procedimiento, acordándose la exclusión respecto a la entidad ahora recurrente RHODAS ALBAÑILERÍA EN GENERAL, S.L.

Con fecha de entrada 14 de abril de 2014 la recurrente presenta escrito en el Registro general del órgano de contratación, solicitando por escrito la comunicación realizada verbalmente por la mesa de contratación del citado día 11 de abril.

El órgano de contratación mediante escrito dirigido a la recurrente, de fecha de salida 15 de abril de 2014, notificada el mismo día, le traslada las causas de exclusión.

TERCERO. El 30 de abril de 2014, la entidad RHODAS ALBAÑILERÍA EN GENERAL, S.L. presentó en el Registro general del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión de la licitación adoptado por la mesa de contratación, el 11 de abril de 2014, en el procedimiento de adjudicación del contrato enunciado en el encabezamiento de esta resolución. Previamente, el 23 de abril de 2014 y ante el órgano de contratación, la recurrente había interpuesto anuncio previo de interposición del mencionado recurso.



CUARTO. El 8 de mayo de 2014, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito del órgano de contratación, dando traslado del recurso y adjuntando el expediente de contratación y el informe sobre el mismo y un listado de los licitadores en el procedimiento de adjudicación. A requerimiento de este Tribunal con fecha 26 de mayo de 2014 el órgano de contratación remite mediante correo electrónico actualización del citado listado de licitadores con los datos precisos a efectos de notificaciones.

QUINTO. Mediante resolución de 22 de mayo de 2014 este Tribunal acordó la medida cautelar de suspensión solicitada por la recurrente.

SEXTO. Mediante oficio de este Tribunal de 26 de mayo de 2014, se dio traslado del escrito de interposición del recurso a los licitadores interesados en el procedimiento, concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. En el plazo concedido para ello, ninguna empresa ha presentado alegaciones en relación con el recurso presentado.

SÉPTIMO. Mediante escrito de fecha de entrada en este Tribunal de 11 de junio de 2014, la recurrente solicita copia del informe que ha debido emitir el órgano de contratación en cumplimiento de lo dispuesto en la normativa de contratación. Este Tribunal, el mismo día y mediante correo electrónico, le comunica que el citado documento no forma parte del expediente de contratación remitido por el órgano de contratación; por lo que, para obtener dicha copia, deberá dirigir su solicitud al órgano que lo emitió.

OCTAVO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, 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 41.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, 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 el Ayuntamiento de una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 18 de julio de 2013 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera, al amparo 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.

SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación en los términos previstos en el artículo 40 del TRLCSP.

El acto impugnado es el acuerdo de exclusión de la licitación de la entidad recurrente adoptado por la mesa de contratación en el procedimiento de



adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera el umbral comunitario y que pretende concertar un poder adjudicador, por lo que resulta procedente el recurso especial contra aquel acto, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 apartados 1.a) y 2.b) del TRLCSP.

CUARTO. Antes de entrar en la cuestión de fondo planteada, procede analizar si el recurso ha sido interpuesto en plazo.

El artículo 44.2 del TRLCSP, en su primer párrafo, dispone: *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

b) Cuando se interponga (el recurso) contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”

En el supuesto examinado, el día 15 de abril de 2014, se notificó a la recurrente escrito en que se contenían las causas determinantes de su exclusión. Por tanto, habiendo tenido entrada el recurso en el registro del órgano de contratación el 30 de abril de 2014, el mismo se habría interpuesto dentro del plazo legal establecido.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.



Previamente, y para un mejor análisis del recurso, procede traer a colación las causas de exclusión adoptadas por la mesa de contratación, según consta en acta de la misma, y las notificadas a la recurrente en el citado escrito de 15 de abril de 2014.

En el acta de la mesa de contratación de fecha 11 de abril de 2014 consta lo siguiente:

“En primer lugar, se procede a la apertura de los sobres A y B relativos a la documentación administrativa y técnica, correspondiente a la entidad Rhodas Albañilería en general, S.L., detectándose los siguientes defectos:

Sobre A:

1. No presenta declaración responsable de no estar incurso en un expediente de regulación de empleo en los términos previstos en el Pliego de Condiciones. Se acuerda por unanimidad de la Mesa de Contratación considerar dicho defecto como subsanable.

2. No acredita la solvencia técnica exigida en el Pliego de Condiciones por cuanto que hace referencia a cuatro contratos y solo uno de ellos coincide con el objeto de la presente licitación y dentro de éste, sólo acredita una duración de cinco meses. Se acuerda por unanimidad en la Mesa de Contratación considerar dicho defecto como insubsanable, determinando la exclusión de dicho licitador del procedimiento de contratación referido en este punto del acta.

Sobre B:

La documentación presentada es correcta.”.

En el escrito de 15 de abril de 2014, consta lo siguiente:

“En respuesta a su solicitud ... donde solicita que se le traslade por escrito la comunicación que se le hizo presencialmente del resultado de la apertura de los sobres A y B que realizó la Mesa de Contratación de Chiclana Natural, S.A. en sesión celebrada en fecha 11 de abril en el proceso abierto de licitación para la contratación de los servicios ... pasamos hacerle traslado de dicha comunicación verbal en la que se dieron todos los licitadores por notificados.



4. *No aporta declaración de no estar incurso en un expediente de regulación de empleo (Art. 10. Sobre A. c) del Pliego de Condiciones).*

5. *No cumple la solvencia técnica, ya que de los cuatro contratos a los que alude en su documentación, sólo uno de ellos coincide con esta licitación y dentro de éste sólo acredita cinco meses. (Art. 10. Sobre A. d) del Pliego de Condiciones).*

6. *El resto de la documentación de los sobre A y B es correcta.*

Se le recuerda a estos efectos, que se transcribe las notas tomadas y comunicadas verbalmente en la Mesa de Contratación tras su calificación por dicho órgano, puesto que el Acta se encuentra en redacción y pendiente de aprobación.”.

En relación con lo anterior, es preciso poner de manifiesto que si bien en el acta, la Mesa califica la no aportación de la declaración de no estar incurso en un expediente de regulación de empleo como un defecto subsanable, en el escrito de 15 de abril el órgano de contratación lo califica como causa de exclusión, pues cuando dice que el resto de la documentación de los sobre A y B es correcta, a sensu contrario, está manifestando que los dos apartados anteriores son incorrectos.

En todo caso, la recurrente en su alegato aunque menciona la no aportación de la declaración de no estar incurso en un expediente de regulación de empleo, no la combate abiertamente.

SEXTO. Visto lo anterior, pasamos a describir los alegatos de la recurrente. En la primera alegación la recurrente manifiesta lo siguiente “*Falta de motivación del acuerdo de exclusión*”. Inicia su exposición relatando las características que debe reunir la motivación para lo cual trae a colación la Sentencia de 28 de enero de 2010 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-406/08). Reproduce los motivos de exclusión, a los que denomina lacónicos, del reiterado escrito de 15 de abril para después describir determinadas actuaciones



relacionadas con el acto de la mesa de contratación de apertura de los sobre A y B, a la que asistió un representante de la recurrente según se recoge en el acta.

Describe la recurrente como el día de la apertura de los citados sobres A y B por la mesa se le comunicó la exclusión por incumplimiento de la solvencia técnica y que era un defecto insubsanable pero no se le explicó más detalle *ad cautelam*, sigue alegando la recurrente, puso de manifiesto un erro tipográfico consistente en que el contrato consignado en tercer lugar *“Transporte, montaje, instalación, conservación y desmontaje de las Playas de la Barrosa y Sancti Petri en el termino municipal de Chiclana de la Frontera (documento 2)”* en vez de cinco meses debe decir un año que es la duración real del contrato. Sólo, posteriormente, con la comunicación fehaciente de 15 de abril ha podido conocer que el motivo es que “solo uno de ellos coincide con esta licitación”, cuando resulta, sigue la recurrente, que según la cláusula del pliego los servicios o trabajos no tienen que coincidir con el objeto del contrato, únicamente tienen que estar relacionados con el mismo. Seguidamente hace una exposición del significado de las palabras “coincidir” y “relacionar”. Para reforzar su alegato, trae a colación la resolución 150/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Seguidamente alega que el contrato consignado en segundo lugar de la relación que aporta *“Mantenimiento del Campo de Golf Loma de Sancti Petri (documento 5)”*, tiene por objeto un conjunto de prestaciones con las que guarda, más que una relación, una identidad sustancial con aquellas que son objeto del contrato que se licita. Manifiesta que en dicho contrato, las prestaciones coinciden plena y exactamente con aquellas que son objeto del contrato que ahora se licita.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe pone de manifiesto lo siguiente. En cuanto a la falta de motivación de la exclusión, se remite al contenido del acta de la mesa que es lo que se le trasladó verbalmente al representante de la recurrente y que, asimismo, le fue notificado en fecha 15 de



abril. Entiende el órgano de contratación suficientemente motivada la exclusión, además del propio cuerpo del recurso se desprende que si conocía los motivos puesto que es lo que precisamente da cuerpo al recurso.

En cuanto al error tipográfico, manifiesta el órgano de contratación en su informe que no es cierto que la recurrente pusiera de manifiesto la existencia del error tipográfico. Insiste el órgano de contratación en que en el acto de la Mesa de contratación el representante de la recurrente *“no realizó intervención alguna, ni sobre error tipográfico ni sobre ninguna otra cuestión, pues de lo contrario, se habría procedido a aclararle cuantos términos le hubiera sido necesario”*. En todo caso, en cuanto al error tipográfico entiende el órgano de contratación que sería de aplicación el artículo 84 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto al contrato de Mantenimiento del Campo de Golf Loma de Sancti Petri que el recurrente aporta en segundo lugar de su relación para acreditar su solvencia técnica, el órgano de contratación entiende que la recurrente trae elementos nuevos para mejorar su oferta fuera de plazo y del procedimiento establecido para ello. Manifiesta el órgano de contratación, que la recurrente no aportó el contrato en la documentación que integraba su oferta, sólo lo mencionaba. No puede por tanto ahora aprovechando la interposición del recurso, incluir elementos que no incorporó en su oferta. Para reforzar este alegato trae a colación la resolución de 12 de julio de 2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

SÉPTIMO. En la segunda alegación la recurrente se refiere a *“Los principios fundamentales de la contratación pública”*. En esta alegación la recurrente se limita a enumerar de forma genérica los principios fundamentales de la contratación pública, recogiendo determinada jurisprudencia al respecto, sin concretar nada respecto al recurso. En ese sentido, el órgano de contratación manifiesta en su informe que nada tiene que objetar al respecto, puesto que se



trata de una enumeración de los principios fundamentales de la contratación pública.

En la tercera alegación la recurrente manifiesta lo siguiente “*La cláusula 10.e) es nula de pleno derecho*”. La recurrente inicia su alegato partiendo de la redacción actual del apartado a) del artículo 78 del TRLCSP, añadiendo que en el presente caso más allá de la dicción legal, el órgano de contratación exige en la cláusula 10.e) del Pliego además de que los servicios o trabajos relacionados con el objeto del contrato se hayan ejecutado dentro del curso de los tres últimos años, que además tengan una duración de un año. A continuación reproduce la citada cláusula del pliego para concluir que “*De esta forma queda acreditado que el pliego de cláusulas administrativas particulares establece una exigencia de solvencia superior a la prevista legalmente restringiendo el acceso a empresas interesadas en la licitación, en vulneración del principio de concurrencia que debe de regir la contratación pública*”. Para reforzar su alegato trae a colación la resolución 182/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Además, sigue manifestando la recurrente, si se considera la naturaleza del contrato (mantenimiento de playas), éstos servicios se desarrollan principalmente durante el período estival (5 meses), parece evidente, alega la recurrente, que la única interpretación que puede salvar la nulidad de la cláusula es considerar que la duración de un año debe referirse al contrato mismo que sirve para acreditar la solvencia, con independencia que los trabajos se presten con más intensidad en una determinada franja de tiempo correspondiente al período estival. En caso contrario, sigue manifestando la recurrente, sería necesario, al menos, haber sido adjudicatario de tres contratos en un mismo año para que los trabajos tuviesen la duración mínima de un año. Por ello, concluye la recurrente, “*esta cláusula (10.e) del pliego), expresada en estos términos estrictos, cierra la competencia y el acceso a la contratación y resulta desproporcionada en relación al fin que persigue. Es decir, reconociendo que la finalidad buscada por la cláusula es ajustar la solvencia*



del empresario con las necesidades del órgano de contratación, su concreta formulación produce un efecto de distorsión en la competencia al restringirla mediante el veto, en la práctica, a quien no haya resultado adjudicatario de un determinado número de contratos con dichas características.”.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe pone de manifiesto lo siguiente. Se ha establecido el requisito de solvencia dentro de los límites del artículo 78 del TRLCSP, acorde y proporcional al cumplimiento del contrato dada su entidad y duración. *“Estamos hablando de un contrato de casi un millón de euros y por el tiempo máximo permitido por la Ley, esto es, cuatro años, más la posibilidad de dos prórrogas anuales ... Considerar, a estos efectos, que para un contrato que se prevé que dure seis años, exigir un año de aptitud mínima al empresario para acreditar la solvencia técnica, en modo alguno puede considerarse que establezca una exigencia superior que restrinja la concurrencia...”*. Para reforzar su alegato trae a colación la resolución 117/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la resolución 17/2012 del Tribunal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla.

OCTAVO. En la cuarta alegación la recurrente manifiesta lo siguiente *“La falta de concesión de facultad de subsanación es ilegal”*. En esta alegación la recurrente trae a colación determinada doctrina tanto de Juntas Consultivas de Contratación Administrativa como del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales para concluir que *“En definitiva tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido como criterio sobre la subsanación de defectos y omisiones en la documentación que ha de acompañar a las proposiciones de las empresas que este trámite es de obligado cumplimiento siempre que los defectos u omisiones en la documentación presentada sean subsanables. En nuestro caso no se concedió a la recurrente el trámite de subsanación correspondiente por lo que la actuación de la Mesa de contratación en este punto no es ajustada a derecho por lo que procede la estimación de este recurso.”*.



Por su parte, el órgano de contratación en su informe pone de manifiesto lo siguiente. Que la recurrente aportó una relación de trabajos sin ninguna otra documentación y que en el de servicio de transporte, montaje, instalación y desmontaje de las playas de La Barrosa y Sancti Petri en Chiclana de la Frontera, indicó que su plazo de ejecución fueron de cinco meses. Reiteramos, alega el órgano de contratación, que el representante de la recurrente *“no realizó manifestación alguna a la Mesa de contratación, ni de error tipográfico ni de ninguna otra clase, a pesar de que el Secretario de la Mesa preguntó repetidamente si tenían alguna duda o alguna pregunta que hacer y repitió las veces que hizo falta a quien lo solicitó los términos de la evaluación de los sobres A y B.”*. A continuación, el órgano de contratación, trae a colación determinada doctrina, fundamentalmente del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, relacionadas con *“error sufrido en la oferta del precio unitario”, “falta de claridad de la oferta”* y *“no obligación de modificación de la oferta”*.

NOVENO. Una vez expuesto lo alegado por cada una de las partes en los fundamentos sexto a octavo, procede analizar la cuestión de fondo objeto del recurso. Para ello, a juicio de este Tribunal, procede analizar en primer lugar la base sobre la que se asienta la controversia, esto es, la posibilidad o no de subsanación de la documentación administrativa presentada por la recurrente en el sobre A, y en concreto de la solvencia técnica exigida para poder participar en la licitación.

Por tanto, la cuestión planteada versa sobre el trámite de subsanación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos al que se refiere el artículo 146 del TRLCSP. Dicho artículo se remite expresamente a las normas de desarrollo de la Ley para la regulación del trámite de subsanación de defectos u omisiones en la documentación.



Así dispone el artículo 81.2 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), *“Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación.”*.

De otra parte, el artículo 27.1 del 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 establece: *“A estos efectos, la apertura de tales documentaciones se llevará a cabo en un acto de carácter público, cuya celebración deberá tener lugar en un plazo no superior a siete días a contar desde la apertura de la documentación administrativa a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente 146.1 del TRLCSP).*

A estos efectos, siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación mencionada en el párrafo anterior, la mesa concederá para efectuarla un plazo inferior al indicado al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él.”

Por su parte, respecto a la posibilidad o no de subsanación, el pliego de condiciones económicas, administrativas y técnicas que rige la contratación establece en su cláusula décima, con una redacción acorde con los preceptos legales anteriores, lo siguiente *“Si se observasen defectos y omisiones subsanables en la documentación contenida en alguno de los sobres (se refiere a los sobres A y/o B), la Mesa lo notificará verbalmente a los proponentes que se hallen presentes; sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas serán comunicadas fehacientemente al resto de los interesados. Se concederá un plazo no superior a tres días hábiles para que todos los licitadores corrijan*



o subsanen la documentación ante la propia Mesa de Contratación. De lo anterior, deberá dejarse constancia en el acta.”.

Sobre la interpretación de tales preceptos se ha pronunciado tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado como este Tribunal. Así señala el informe de la citada Junta Consultiva número 18/10, de 24 de noviembre, recogiendo su doctrina, lo siguiente “ ... si bien es cierto que el *Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* acepta en su artículo 81.2 que, si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará a los interesados dándoles un plazo no superior a tres días hábiles para subsanar los errores, también lo es que esta facultad se refiere exclusivamente a los defectos y omisiones en la propia documentación no en el contenido material de la misma.

Al respecto ya se ha pronunciado numerosas veces esta Junta (informe 9/06, de 24 de marzo de 2006; informe 36/04, de 7 de junio de 2004; informe 27/04, de 7 de junio de 2004; informe 6/00, de 11 de abril de 2000; informe 48/02, de 28 de febrero de 2003; informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, entre otros) indicando que la subsanación no puede referirse a cualidades de aptitud o de solvencia que no se poseyeran en el momento de finalizar los plazos de presentación. Dicho en otras palabras, si bien no es posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, ha de considerarse que reúnen tal carácter aquellos defectos que se refieren a la acreditación, mediante los documentos a que se refiere el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, del requisito de que se trate pero no a su cumplimiento. Es decir, el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de presentación de proposiciones, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación.

En tal sentido esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, indicó que “el criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos



exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable".

Esta interpretación está en línea con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a que un excesivo rigor al aplicar las normas de procedimiento puede conducir a una infracción del principio básico de contratación administrativa de la libre concurrencia a través del rechazo de los licitadores por defectos formales. Así, la interpretación que da esta Junta Consultiva ofrece un compromiso entre los principios de no discriminación e igualdad de trato, antes citados, y el principio de libre concurrencia."

Este Tribunal, recogiendo esta doctrina, se ha pronunciado sobre la cuestión, entre otras, en la resolución 54/2013, de 2 de mayo, configurando una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos de los licitadores, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible.

Esta doctrina se fundamenta en la del Tribunal Constitucional, entre otras Sentencias, la 110/1985, 174/1988, 17/1995 y 104/1997, a propósito de los requisitos procesales, de los que declara carecen de sustantividad propia, constituyendo medios orientados a conseguir ciertas finalidades en el proceso, de forma que sus eventuales anomalías no pueden convertirse en meros obstáculos formales impeditivos de tales fines, resultando obligada una interpretación presidida por el criterio de proporcionalidad entre la finalidad y entidad real del defecto advertido y las consecuencias que de su apreciación pueda seguirse para el ejercicio del derecho o de la acción, perspectiva que favorece la subsanación de defectos siempre que sea posible.



A la vista de todo ello, y conforme recoge el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 267/2014, de 28 de marzo, la concesión de la posibilidad de subsanación de la documentación administrativa o general no se configura en la legislación contractual como una facultad de la que la mesa de contratación pueda hacer un uso discrecional ni, menos aún, arbitrario, lejos de eso la regla general es que los defectos formales de la documentación son subsanables, y por ello, debe concederse al licitador el trámite de subsanación.

Sólo cuando de la documentación presentada, bien en el sobre cerrado o bien tras el requerimiento de subsanación, resulte que los requisitos de capacidad y solvencia no existían a la finalización del plazo de presentación de las proposiciones (artículo 146.5 del TRLCSP), cabe excluir al licitador.

Ello es así porque la mesa debe garantizar el cumplimiento, no sólo de las normas, sino también de los principios que rigen la contratación pública, singularmente los de igualdad, en su vertiente de no discriminación, y de libre concurrencia, e interpretar los pliegos del modo que esos principios tengan realización efectiva.

Así, en el caso de omisión de documentación el defecto puede subsanarse aportándola, por lo que debe concederse la posibilidad de subsanación, y sólo a la vista de la no presentación de la documentación requerida o si ésta no acredita el cumplimiento de los requisitos en el momento exigido, puede excluirse al licitador.

Por todo ello, debemos estimar las alegaciones de la recurrente y anular el acto de exclusión, en tanto el mismo se ha dictado sin haber concedido previamente a la recurrente la posibilidad de subsanar los defectos y omisiones observados, vulnerando con ello tanto la citada cláusula décima del pliego de condiciones económicas, administrativas y técnica como el artículo 81.2 del RGLCAP.



DÉCIMO. Una vez anulado el acto de exclusión, no sería necesario entrar en el análisis del resto de las alegaciones de la recurrente. Sin embargo y en base al principio de congruencia y con objeto de aclarar las cuestiones suscitadas, por este Tribunal se va a proceder a su análisis.

En cuanto a la primera alegación de la recurrente, esto es, la falta de motivación del acuerdo de exclusión, es doctrina reiterada de este Tribunal, manifestada, entre otras más recientes, en la resolución 39/2015, de 10 de febrero y 47/2015, de 10 de febrero, que la adjudicación se entenderá motivada adecuadamente, si al menos contiene la suficiente información que permita al licitador interponer el recurso en forma suficientemente fundada. De no ser así, se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz, produciéndole por tanto indefensión.

El que la exclusión ha de ser motivada viene recogido en el artículo 151.4.b) del TRLCSP en el que se concretan los aspectos que debe comprender, en todo caso, la notificación. Dicho artículo 151.4.b) dispone:

“La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

En particular, expresará los siguientes extremos:

(...)

b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.

(...)”

Del precepto transcrito, cabe señalar, en primer lugar, que el objetivo que



persigue el legislador con la motivación es suministrar a los licitadores excluidos, la información suficiente sobre cuáles fueron las razones que determinaron su exclusión o descarte, con el fin de que los candidatos puedan contradecir mediante la interposición del correspondiente recurso, las razones argumentadas como fundamento del acto recurrido.

En segundo lugar, el citado precepto regula la determinación concreta de cómo se ha de entender cumplida en cada caso la exigencia de motivación. En el caso del apartado b) establece que, respecto de los licitadores excluidos -como lo es la empresa recurrente- contendrá, en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta. La referencia a esta *“forma resumida”* determina que no hayan de incorporarse al acto notificado, todos y cada uno de los extremos determinantes de la decisión, siempre que la notificación contenga las razones que justificaron la exclusión.

En tercer lugar, la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hechos y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio y STS de 13 enero 2000).

En el caso que nos ocupa, entiende este Tribunal que con lo recogido en el escrito de 15 de abril de notificación de la exclusión de la recurrente se cumple lo establecido en el citado artículo 151.4.b) *“Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta”*, siendo suficiente para que la recurrente, si así lo desea, pueda interponer un recurso suficientemente fundado, por lo que no puede admitirse esta alegación.



En cuanto a la alegación relacionada con el motivo de exclusión, estos es, “No cumple la solvencia técnica, ya que de los cuatro contratos a los que alude en su documentación, sólo uno de ellos coincide con esta licitación y dentro de éste sólo acredita cinco meses...”, en la que la recurrente manifiesta que según la cláusula del pliego los servicios o trabajos no tienen que coincidir con el objeto del contrato, únicamente tienen que estar relacionados con el mismo, es compartida íntegramente por este Tribunal.

Es sumamente descriptiva, como alega la recurrente, la resolución 150/2013, de 18 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales “*Para apreciar la similitud entre el objeto de los servicios o contratos realizados y los que son objeto del contrato, toda vez que se trata de acreditar la solvencia técnica de la empresa, ha de atenderse a una valoración de las condiciones técnicas exigidas a aquellos trabajos comparándolos con las exigidas en el contrato objeto de licitación, atendiendo para ello a los pliegos de prescripciones técnicas toda vez que a ellos está reservado especificar las características técnicas que haya de reunir la realización de las prestaciones del contrato, conforme a lo dispuesto en los artículos 116.1 del TRLCSP y 68.1.a) del RLCAP. Se trata, por tanto, de una evaluación técnica del contenido de las prestaciones de los contratos para cuyo examen es indiferente, y, por tanto, no ha de tenerse en cuenta, el ámbito material de competencias de las administraciones, organismos, órganos de contratación u órganos proponentes de aquellos contratos y del licitado. De otra parte, semejanza o similitud no es identidad, de modo que las prestaciones de unos y otro contratos comparados no han de identificarse completamente, sino que el examen ha de dirigirse a determinar si entre las prestaciones ya realizadas y las que son objeto de licitación existe el grado de semejanza necesario para concluir que la empresa que llevó a cabo aquellos trabajos tiene capacidad técnica suficientes para ejecutar las prestaciones del contrato licitado.*

En fin, el examen de la solvencia ha de realizarse por la mesa de contratación de acuerdo con aquellos criterios, de modo que es a ella a la que corresponde resolver sobre la suficiencia o insuficiencia de la documentación aportada



para acreditar la solvencia técnica (artículos 82 del RLCA y 22.1.a) y b) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público).”

Pues bien, aplicando los criterios y principios enunciados, es claro que no puede darse a la expresión “relacionados” -referida al objeto- que el Pliego utiliza para calificar los trabajos o servicios cuya relación han de presentar los licitadores para acreditar la solvencia técnica, el alcance que pretende el órgano de contratación, es decir, el de considerar que sólo aquellos que “coinciden” con el objeto de la licitación acreditan poseer la solvencia técnica, excluyendo de toda consideración los trabajos o servicios “relacionados” con el objeto de la licitación.

Esta interpretación tan restrictiva no sólo resulta discriminatoria, al reducir la solvencia a licitadores que previamente hayan sido adjudicatarios de contratos de trabajos o servicios que coincidan con el objeto de la licitación, no ya relacionados o análogos; sino que además limita la libre concurrencia –sólo los licitadores que hayan realizado trabajos o servicios que coincidan con el objeto de la licitación tendrían solvencia técnica para ejecutar el contrato- y supone además interpretar los pliegos añadiendo a su dicción literal un requisito que no se contiene en él, a saber: que la relación de los principales trabajos o servicios *coincidan* con el objeto del presente pliego. Es claro que si el pliego no es tan restrictivo y no contiene esta concreta condición, no puede interpretarse su exigencia implícitamente con el consiguiente efecto de limitar la libre concurrencia. Debe por tanto estimarse la pretensión de la recurrente en el sentido de que los trabajos o servicios han de estar relacionados con el objeto de la licitación, no siendo necesario que coincidan con él.

En cuanto al error tipográfico y al contrato alegado por la recurrente de mantenimiento del Campo de Golf Loma de Sancti Petri, se ha de estar a lo manifestado por este Tribunal en el fundamento noveno, en el sentido de que una vez que la Mesa de contratación dé plazo de alegaciones y, en su caso, se



aporte la documentación correspondiente y a la vista de la misma, o de su ausencia, pueda la Mesa de contratación admitir o excluir a la recurrente en función del cumplimiento o no de los requisitos exigidos.

DÉCIMOPRIMERO. Procede ahora examinar la tercera alegación de la recurrente, esto es, que la cláusula 10.e) del pliego de condiciones económicas, administrativas y técnicas que rige la contratación es nula de pleno derecho. Antes de analizar la posible causa de nulidad, es necesario poner de manifiesto que conforme a reiteradísima jurisprudencia y como ya hemos manifestado en distintas resoluciones, entre las más recientes la 31/2015, de 3 de febrero y la 39/2015, de 10 de febrero, los pliegos son la ley del contrato entre las partes, y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por los licitadores, por lo que, en virtud del principio de congruencia, y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos, que son ley entre las partes. En consecuencia, teniendo en cuenta que los pliegos no han sido impugnados, la recurrente habrá de ajustarse a lo indicado en los mismos sobre la solvencia técnica. Sin embargo, como alega la recurrente, este Tribunal está facultado para dejar sin efecto en todo momento las cláusulas que se sean nulas de pleno derecho.

Por tanto, procede analizar si la mencionada cláusula 10.e) del pliego es o no nula de pleno derecho. La citada cláusula establece literalmente lo siguiente *“Solvencia técnica que se acreditará mediante la presentación de una relación de los principales servicios o trabajos relacionados con el objeto del presente Pliego realizados con la duración de un año dentro del curso de los tres últimos años que incluya importe, fechas y beneficiarios de los mismos.”*. En subrayado se señala la parte controvertida que la recurrente alega como nula de pleno derecho.

Para poder examinar si el requisito de solvencia técnica impugnado adolece de la ilegalidad que alega el recurrente es preciso conocer el régimen jurídico al que



queda sometida esta cuestión. Así, el artículo 1 del TRLCSP establece los principios básicos a los que debe estar sujeta la contratación del sector público en los siguientes términos *“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa ...”*.

Los principios básicos a que se refiere el citado precepto adquieren una especial relevancia en la fase de solvencia, en la cual se están definiendo las capacidades y aptitudes que deben reunir los candidatos para una adecuada ejecución de la prestación que se pretende contratar. Corresponde al órgano de contratación delimitar del modo que resulte más conveniente al interés público, tanto el objeto del contrato como la forma de ejecución de las prestaciones que lo conforman, pudiendo establecerse en los pliegos los requisitos de solvencia que mejor garanticen el buen fin de la contratación.

La decisión que corresponde adoptar al órgano de contratación en la fijación de las condiciones de solvencia (en este caso técnica) debe estar delimitada por su vinculación directa con el objeto del contrato y ser proporcional al mismo, como se exige en el artículo 62 del TRLCSP: *“1. Para celebrar contratos con el sector público, los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley. 2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se*



indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo”.

De dicho artículo se pueden extraer las condiciones a las que han de sujetarse los requisitos mínimos que acrediten la solvencia de la empresa para ejecutar la prestación: I) que figuren en el pliego del contrato y en el anuncio de licitación; II) que sean determinados, esto es, que estén relacionados con el objeto, duración e importe del contrato, es decir, que sean proporcionales; III) que se encuentren entre los medios establecidos en la Ley; y, IV) que, en ningún caso, dichos criterios puedan producir efectos discriminatorios, como consecuencia lógica de los principios de igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública.

Los requisitos de solvencia devienen condiciones de acceso a los procedimientos de licitación, de tal forma que si no se reúnen las condiciones exigidas en los mismos, el interesado no podría tomar parte en dicho procedimiento, o si se presentase a la licitación su consecuencia sería la exclusión. Por ello resulta fundamental una adecuada exigencia de solvencia proporcional al contrato que evite una restricción indebida de la competencia.

En cuanto a esta facultad de “discrecionalidad limitada” que tiene el órgano de contratación en la elección de las condiciones de solvencia y su nivel mínimo, se ha pronunciado la Sentencia del TJUE, de 18 de octubre de 2012, indicando lo siguiente: *«Para la elección de estos elementos, el artículo 47 de la Directiva 2004/18 deja un margen bastante amplio a las entidades adjudicadoras. En contra de lo que dispone el artículo 48 de la misma Directiva, que, en relación con las capacidades técnicas y profesionales, establece un sistema cerrado que limita las opciones de evaluación y de verificación con que cuentan dichos poderes y, por lo tanto, su posibilidad de formular exigencias (véase, en lo que respecta a disposiciones análogas de directivas anteriores a la Directiva 2004/18, la sentencia de 10 de febrero de 1982, Transporoute et travaux,*



76/81, Rec. p. 417, apartados 8 a 10 y 15), el apartado 4 del citado artículo 47 autoriza expresamente a las entidades adjudicadoras a elegir las referencias probatorias que deben aportar los candidatos o licitadores para justificar su capacidad económica y financiera. Dado que el artículo 44, apartado 2, de la Directiva 2004/18 se refiere a dicho artículo 47, existe la misma libertad de elección por lo que se refiere a los niveles mínimos de capacidad económica y financiera.

29. No obstante, esta libertad no es ilimitada. Conforme al artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, el nivel mínimo de capacidad debe estar vinculado y ser proporcional al objeto del contrato. Por consiguiente, el elemento o los elementos del balance elegidos por la entidad adjudicadora para formular el nivel mínimo de capacidad económica y financiera deben ser objetivamente apropiados para informar sobre la concurrencia de dicha capacidad en el operador económico y este nivel debe adaptarse a la importancia del contrato en cuestión, de manera que constituya objetivamente un indicio positivo de la existencia de una base económica y financiera suficiente para la ejecución del contrato, sin ir más allá de lo razonablemente necesario a este respecto».

En la actualidad, es el artículo 74 del TRLCSP el que señala en su apartado primero que la solvencia económica, financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que determine el órgano de contratación, de entre los previstos en los artículos 75 a 79. Por su parte, los artículos 75 a 79 del TRLCSP regulan los medios admitidos para acreditar tanto la solvencia económica como la técnica. Por tanto, los medios de acreditación de la solvencia están tasados en el TRLCSP, y no son disponibles por los órganos de contratación.

En la regulación vigente los medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional de los contratos de servicios como el que nos ocupa, está contenida en el artículo 78 del TRLCSP, que establece lo siguiente: “En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá



apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes:

a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente ...”

En el caso que examinamos el órgano de contratación ha optado por incluir entre sus condiciones de solvencia técnica una de las posibilidades que le otorga la normativa contractual, en concreto, la recogida en el apartado a), por lo que tal requisito está, lógicamente, ajustado a derecho.

Todas estas exigencias vistas anteriormente son cumplidas por la cláusula 10.e) analizada. Y el requisito mínimo exigido de servicios o trabajos relacionados con el objeto del presente Pliego realizados con la duración de un año, a juicio de este Tribunal, resulta razonable y justificado desde la óptica de la correcta prestación de los servicios públicos, sin que se observe, ni se pueda suponer, desproporción en las exigencias contenidas al respecto. Sobre este particular, se comparte el criterio del órgano de contratación que en su informe alega que el criterio es acorde y proporcional al cumplimiento del contrato dada su entidad y duración, al tratarse de un “*contrato de casi un millón de euros y por el tiempo máximo permitido por la Ley, esto es, cuatro años, más la posibilidad de dos prórrogas anuales*”.

Como conclusión puede afirmarse que el requisito mínimo de solvencia técnica objeto de impugnación no es discriminatorio y resulta proporcional a la



naturaleza, cuantía y duración del contrato. El hecho de que algunos licitadores no puedan cumplir el requisito exigido no supone, de ninguna forma, discriminación, ya que esta exigencia, además de ser una de las posibilidades previstas normativamente, se encuentra directamente relacionada con el objeto del contrato y resulta proporcional, existiendo una razonable relación entre la solvencia requerida, las prestaciones objeto del contrato, la duración del mismo y su dimensión económica. A la vista de cuanto antecede procede desestimar la alegación de la recurrente respecto a la nulidad de la cláusula 10.e) del pliego de condiciones económicas, administrativas y técnica que rige la contratación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **RHODAS ALBAÑILERÍA EN GENERAL, S.L.** contra el acuerdo de exclusión de la licitación adoptado por la mesa de contratación, el 11 de abril de 2014, en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de transporte, montaje, mantenimiento y desmontaje de las instalaciones de las playas de La Barrosa y Santi Petri en el término municipal de Chiclana de la Frontera”, convocado por Chiclana Natura, S.A., empresa pública perteneciente íntegramente al Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera de Cádiz (Expte. SG-CON 05/2014), y en consecuencia, anular el acto de exclusión de la recurrente, ordenando reponer las actuaciones al momento de la apertura del sobre A de la documentación general, conforme a los fundamentos noveno y décimo de esta resolución, dando plazo de subsanación a la recurrente, sin perjuicio de conservar aquellas partes de dicho acto, así como los actos y trámites posteriores, cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.



SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento adoptada por este Tribunal mediante resolución de fecha 22 de mayo de 2014.

TERCERO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

