



Recurso nº 765 y 863/2019

Resolución nº 949/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 14 de agosto de 2019.

VISTOS los recursos interpuestos por D.L.M.D., en nombre y representación de LAKI SOCIAL S. L., contra las Resoluciones del Presidente de 29 de mayo de 2019, por la que se da por retirada su oferta y se le excluye de la licitación, y de 14 de junio de 2019, de adjudicación del contrato de servicio de *“recepción, atención de visitas y reuniones, atención telefónica y gestión del correo postal”* (Exp. 11/19), licitado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Tribunal ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 4 de marzo de 2019 en la plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP), el 6 de marzo en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), y el 9 de marzo en el Boletín Oficial del Estado (BOE), se publican los anuncios de la licitación del contrato de servicio de recepción, atención de visitas y reuniones, atención telefónica y gestión del correo postal, expediente 11/19, licitado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

El contrato, calificado como de servicios, clasificaciones CPV 79992000-4, servicios de recepción, tiene un valor estimado de 451.000, IVA excluido, sujeto a regulación armonizada, licitándose por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, y realizándose por medios electrónicos a través de la PCSP.

En la cláusula 2.1.2.1 *“sobre nº 1: Documentación general”*, del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares (PCAP), en lo que aquí importa, se establece.

“a) Declaración responsable ajustada al formulario del Documento europeo único de contratación (DEUC), comprometiéndose el licitador a presentar la documentación en caso de ser propuesto como adjudicatario o de ser requerido para ello en el plazo máximo de 10 días hábiles.(...)”

En esta declaración el licitador deberá poner de manifiesto lo siguiente:

1º. Que la sociedad está válidamente constituida y que conforme a su objeto social puede presentarse a la licitación, así como que el firmante de la declaración ostenta la debida representación para la presentación de la proposición y de aquella.

2º. Que cuenta con la adecuada solvencia económica, financiera y técnica o profesional o en su caso, la clasificación correspondiente.

3º. Que no está incurso en prohibición de contratar por sí misma ni por extensión como consecuencia de la aplicación del artículo 71.3 de la LCSP.

4º. Que se compromete a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para la prestación y recogidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas. (...)

Por su parte la cláusula 2.2.4, en lo que aquí importa, establece.

“(...) El Órgano de Contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la siguiente documentación: (...)

13.- Acreditación de la efectiva disposición de los medios personales requeridos para la ejecución del contrato. La acreditación de los medios personales comprometidos a dedicar o adscribir al contrato se realizará mediante la aportación de los C. Vita de los trabajadores propuestos para la prestación del servicio. Estos C. Vita deberán ir acompañados de las oportunas acreditaciones de la formación y experiencia requeridas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (la mera presentación del Curriculum Vitae no acreditará la formación y experiencia). La acreditación de la formación y la experiencia se realizará aportando los siguientes documentos:

- Formación: copia compulsada de las correspondientes titulaciones.*
- Experiencia: copia compulsada del certificado de vida laboral y copia compulsada de los contratos de trabajo o de los certificados de las empresas en las que se ha prestado servicio, firmado por persona responsable e identificada, en los que se detallen las labores realizadas y el periodo en el que se ha prestado el servicio.*

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, de conformidad con el artículo 150.2 de la LCSP. En este supuesto se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en el que hayan quedado clasificadas las ofertas. (...)”

El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), señala en la prescripción 2, en lo que aquí importa, lo siguiente.

“1. El servicio se prestará de lunes a viernes no festivos en los locales de la CNMV ubicados en Madrid y Barcelona, si bien podrán solicitarse servicios conforme a lo establecido en la cláusula 3-4 del Pliego de Prescripciones Técnicas.

2. El servicio supone las siguientes actividades:

- Recepción y atención de visitas y público en general.*
- Preparación de salas de reunión y atención de las mismas.*
- Atención de actos públicos.*
- Atención de centralita y recepción de llamadas.*

Gestión del correo postal (ensobrado, franqueo, preparación, clasificación y control de acuses de recibo, etc.).

3. El servicio será prestado por ocho efectivos en Madrid y uno en Barcelona. El adjudicatario designará una persona de entre las asignadas a la prestación del servicio en Madrid, que será el interlocutor ante la CNMV y que coordinará todos los trabajos en las oficinas de la CNMV, incluidos los extraordinarios, velando por el correcto cumplimiento de la uniformidad, los horarios y las tareas a realizar. Todas las instrucciones de carácter general y de disciplina del servicio se darán a través del coordinador.

4. El personal destinado al cumplimiento del contrato, deberá tener la cualificación necesaria para su correcto desempeño. La cualificación mínima requerida para la prestación de los servicios será la siguiente:

- Uno de los efectivos que prestarán servicio en Madrid ejercerá las labores de Coordinador y tendrá una experiencia mínima de cinco años en las labores descritas en*

el puntos 2 y 4 de la cláusula segunda del PPT; habiendo realizado como parte de las mismas labores de coordinación de equipos de al menos 5 personas durante tres años.

- *Dos de los efectivos que prestarán servicio en Madrid deben tener experiencia específica y demostrable de al menos cuatro años en actos protocolarios e institucionales y en atención directa de máximos responsables del sector privado o autoridades en el sector público.*
- *Cinco efectivos que prestarán servicio en Madrid, tendrán una experiencia mínima de dos años en las labores descritas en el punto 2 de la cláusula segunda del PPT.*
- *Un efectivo prestará servicio en Barcelona y deberá tener una experiencia mínima de dos años en las labores descritas en el punto 2 de la cláusula segunda del PPT y hablar correctamente catalán.*
- *Al menos dos de los efectivos destinados en Madrid deberán tener conocimientos de lengua inglesa equivalentes al nivel B1.*
- *Todos los efectivos tendrán formación académica suficiente para el uso de las herramientas informáticas que la CNMV disponga para la prestación del servicio. (...)*

Señala la prescripción 3.3 del PPT lo siguiente.

“Cualquier sustitución de los efectivos asignados a la prestación del servicio deberá ser comunicada a la CNMV con carácter previo. A tal fin se enviará una comunicación con el Curriculum Vitae la acreditación de experiencia del trabajador que va a realizar la sustitución y la documentación relativa al cumplimiento de las normas de PRL. Todo ello será comunicado con la antelación necesaria que permita el examen de estos documentos. La CNMV verificará el cumplimiento de los requisitos y en caso de que la sustitución no se ajuste a los requerimientos del pliego se comunicará al coordinador técnico o responsable integrado en la plantilla de la empresa contratista, a los efectos de que no se proceda a la sustitución.”

Segundo. Transcurrido el plazo para la presentación de ofertas, entre los licitadores se encuentra LAKI SOCIAL S. L.

El 5 de abril se reúne la mesa de contratación, para la calificación de los archivos electrónicos que contienen la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia de

los licitadores, siendo admitidos la mayoría de los licitadores, solicitando la subsanación a dos de ellos de los defectos observados.

El 11 de abril la mesa examina la documentación presentada para la subsanación requerida y acuerda admitir a todos los licitadores, seguidamente se procede a la apertura de los archivos electrónicos que contienen la parte de las ofertas correspondientes a los criterios evaluables mediante juicio de valor, entregándose la documentación a los técnicos para su evaluación.

El 16 de abril la mesa examina el informe de valoración, de 15 de abril de 2019, que aprueba y hace suyo. Excluye a los licitadores MARSERVI FACILITY S.L y ONET IBERIA SOLUCIONES S.A.U. por no haber obtenido la puntuación mínima de 15 puntos, de acuerdo con el PCAP, para pasar a la fase de evaluación mediante fórmula.

El 23 de abril la mesa procede a la apertura de los archivos electrónicos que contienen la parte de las ofertas correspondiente a los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmula. Se comprueba que la oferta de LAKI SOCIAL, S. L. se encuentra incurso en presunción de anormalidad, requiriéndose a dicha empresa para que justifique su oferta, lo que hace a satisfacción del órgano de contratación.

El 7 de mayo la mesa propone la adjudicación a LAKI SOCIAL, S. L., ese mismo día, a través de la PCSP, se le requiere a que presente en el plazo de diez días hábiles, la documentación señalada en la cláusula 2.2.4 del PCAP para la adjudicación del contrato, incluida la acreditación de los medios personales comprometidos a dedicar o adscribir al contrato mediante la aportación de los *curriculum vitae* de los trabajadores propuestos para la prestación del servicio, acompañados de las oportunas acreditaciones de la formación y experiencia requeridas en el PPT.

El 22 de mayo LAKI SOCIAL, S. L. presenta la documentación requerida.

En relación con los medios personales propuestos para la prestación del servicio, junto al escrito de respuesta al mencionado requerimiento se aporta una relación nominal de las nueve personas adscritas a la prestación del servicio en las sedes de Madrid, ocho, y Barcelona, uno, al igual que la documentación de cada una de las personas para acreditar su adecuación a los requisitos del PPT.

El 23 de mayo de 2019, el órgano proponente informa sobre dicha documentación, poniendo de manifiesto que, de entre los medios personales aportados, no cumplen las condiciones del PPT, los denominados recurso 2, L.E.P. suplente para las labores de coordinación, que sin embargo si las cumple para las de recepción, recurso 3, C. I. F. D., labores de protocolo, y recurso 4, M.J.B.A., también labores de protocolo.

El 24 de mayo, a las 14:36 horas, a través de la PCSP, el órgano de contratación remite a LAKI SOCIAL, S. L., el siguiente requerimiento, que en lo que aquí importa, señala.

“(...) 6. Con fecha 22 de mayo, la empresa LAKI SOCIAL, S. L. ha presentado la documentación acreditativa del firmante de la proposición, cargo y facultades, solvencia económica y técnica, cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de seguridad social y de haber constituido la garantía definitiva. Por lo que respecta a la acreditación de los medios personales comprometidos a dedicar o adscribir al contrato, la documentación aportada no acredita que todos los recursos que se van a dedicar a la ejecución del contrato tengan la experiencia requerida en el pliego de prescripciones técnicas que rige la licitación. Se adjunta informe de valoración de medios personales ofertados (...)

Requerir a la empresa LAKI SOCIAL, S.L., para que antes de las 17:45 h del lunes 27 de mayo complete, si así lo considera oportuno, la documentación presentada el día 22 de mayo, a los efectos de acreditar que efectivamente dispone de todos los medios que se han comprometido a dedicar a la ejecución del contrato, con la experiencia requerida en el Pliego de Prescripciones Técnicas y en los términos indicados en el requerimiento de documentación notificado el 7 de mayo de 2019.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta.”

El 27 de mayo LAKI SOCIAL, S. L. contesta al requerimiento, aportando la documentación correspondiente a los recursos 3 y 4 de protocolo, sustituyendo a las personas aportadas con anterioridad por otras, N.V.F. y L.I.S., acompañada de la documentación acreditativa de su experiencia.

El 29 de mayo, el Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores dicta resolución que, en lo que aquí importa, señala.

“(…) 7. Con fecha 27 de mayo LAKI SOCIAL, S.L ha aportado nueva documentación que no resulta complementaria de la anteriormente presentada sino que la modifica, al presentar nuevos efectivos destinados a la ejecución del contrato, distintos de los presentados inicialmente. (…)

2. El artículo 150.2 de la LCSP señala que no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediendo a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

En virtud de todo lo anterior se acuerda:

Tener por retirada la oferta presentada por la empresa LAKI SOCIAL, S.L. y en consecuencia excluirla de la licitación, procediéndose a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.”

El mismo 29 de mayo de 2019, a las 15:41 horas, a través de la PCSP, se notifica a LAKI SOCIAL, S. L. la resolución, conteniendo pie de recurso ante este Tribunal.

El 14 de junio de 2019 el Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, adjudica el contrato al licitador clasificado en segundo lugar INTEGRACION SOCIAL DE MINUSVALIDOS S. L. que no es notificada individualmente a LAKI SOCIAL, S. L., acto que se publica en la PCSP el 18 de junio de 2019.

Tercero. El 19 de junio de 2019, a las 15:38 horas, se presenta en el registro electrónico de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación contra el acto por el que se da por retirada la oferta y se le excluye de la adjudicación del contrato, por LAKI SOCIAL, S. L., con el siguiente *petitum*, que *“acuerde la anulación del mencionado acuerdo de exclusión de LAKI SOCIAL, S.L. retro trayendo las actuaciones al momento anterior a la toma del acuerdo recurrido procediéndose a valorar los dos recursos propuestos por esta parte recurrente, con todo lo demás que sea procedente en Derecho”*

Igualmente solicita como medida cautelar la suspensión del procedimiento.

Dicho recurso se tramita con el número 765/2019.

El 9 de julio de 2019, a las 12:02 horas, se presenta en el registro electrónico de este Tribunal, nuevo recurso especial en materia de contratación por LAKI SOCIAL, S. L., en este caso contra el acto de adjudicación.

Dicho recurso se tramita con el número 863/2019

Cuarto. El órgano de contratación, requerido para ello en el recurso número 765/2019, el 24 de junio remite el expediente de contratación al Tribunal, acompañándolo de su informe.

Requerido de nuevo como consecuencia del recurso número 863/2019, el 15 de julio, mediante oficio, señala que se solicita la suspensión del plazo para evacuar el trámite de informe y remisión del expediente administrativo hasta que por este Tribunal se resuelva el recurso 765/2019.

Quinto. En la tramitación del recurso número 765/2019, la Secretaria del Tribunal, el 26 de junio, da traslado del recurso a los demás licitadores, concediéndole el plazo de cinco días hábiles, para formular las alegaciones que estime convenientes, no habiéndose hecho uso de esa facultad.

Sexto. En la tramitación del recurso número 765/2019, la Secretaria del Tribunal, el 1 de julio, por delegación del Tribunal acuerda la suspensión del procedimiento, conforme a los artículos 49 y 56 de 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 (LCSP). La suspensión fue notificada electrónicamente el 2 de julio de 2019 al órgano de contratación.

El recurso número 863/2019, en razón del acto recurrido, hubiera producido *ope legis* la suspensión del procedimiento, si no fuera por estar vigente la suspensión ordenada por nuestra resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El Tribunal, de conformidad con el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC) ha acordado la acumulación

de ambos recursos, dada la identidad de la recurrente, la sustancial identidad de los argumentos de impugnación, y la íntima ligación entre los actos recurridos, siendo el segundo consecuencia del primero, de modo que anulado el primero el segundo lo sería igualmente.

El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículos 45.1 de LCSP, y 22.1.1º del RPERMC.

Segundo. Hemos de examinar la legitimación de la recurrente.

El artículo 48 de la LCSP establece que *“podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*

Dicha norma remite a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En el presente caso la recurrente, ha participado en la licitación y ha sido excluido de ella, siendo no obstante la primera clasificada, de modo que de ser revocada su exclusión podría ser adjudicataria, por lo que la recurrente tiene legitimación para interponer el recurso contra el acto de exclusión.

Igualmente tiene legitimación para recurrir el acto de adjudicación por razón de su exclusión, ahora bien, de estimar que el acto de exclusión es conforme a derecho, desaparecería la legitimación para recurrir el acto de adjudicación, pues al no poder ser ya adjudicatario carecería de interés legítimo en impugnar la adjudicación.

Es por ello que, de desestimar su recurso contra el acto de exclusión no procederá entrar a examinar aquellos argumentos contra el acto de adjudicación que no tengan relación directa e inmediata con su exclusión.

Tercero. Se recurren los actos de exclusión y de adjudicación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado excede de 100.000 euros.

En consecuencia los actos son recurribles, conforme a los artículos 44.1.a) y 2.b) y c), y 22.1.3º y 4º del RPERMC.

Cuarto. La exclusión recurrida se notificó, conforme determina la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, el 29 de mayo de 2019, presentándose el recurso el 19 de junio en el registro electrónico de este Tribunal.

La recurrente tuvo conocimiento del acto de adjudicación por la PCSP, interponiendo el recurso contra él el 9 de julio.

Por ello ha de estimarse que los recursos han sido presentados en tiempo y forma, conforme a lo dispuesto en los artículos 50.1.c) y d) y 51.3 de la LCSP, en consonancia con el artículo 30 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

Quinto. Los fundamentos de los recursos son los siguientes.

Aduce que todos los recursos o medios humanos aportados reunían la cualificación mínima exigida por el PPT, no obstante, a la vista de la solicitud de aclaración del órgano de contratación propusieron sustituir las dos personas correspondientes a los recursos protocolo, por otras que son las que están realizando esas funciones en la prestación del

servicio, adjuntando toda la documentación que acredita el cumplimiento de la cualificación mínima.

Que la interpretación del artículo 150.2 LCSP debe ser estricta y restrictiva, y que su incumplimiento solo concurre cuando no se cumple en modo alguno lo requerido, y que además es posible subsanar las omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación del requerimiento efectivamente realizada en el plazo concedido, pero de forma defectuosa.

Resulta claramente desproporcionado rechazar de plano la mejor oferta seleccionada por no haber presentado perfectamente, en un primer momento, la numerosa documentación exigida.

La cumplimentación realizada por ella es un defecto perfectamente subsanable, y el efecto de tener por retirada la oferta, y en consecuencia tener a esta empresa excluida de la licitación, no es propio del cumplimiento defectuoso de trámites ya que la propia normativa de contratación pública lo vincula a la retirada expresa de la oferta o a conductas de incumplimiento grave que la ley equipara a aquélla.

Que se debe conceder al licitador la posibilidad de subsanar los errores cometidos al presentar su documentación.

Con la aportación de los dos nuevos medios o recursos se ha puesto de manifiesto la voluntad de subsanar, lo que excluye la posibilidad de tener como incumplido el citado requerimiento y por ello considerar que la empresa ha retirado su oferta.

Que la mesa ha de comprobar la disposición efectiva de medios y valorar si la documentación aportada es suficiente para acreditar esa disposición, lo que debe comprobar antes de la formalización, sin perjuicio que el adjudicatario pueda variar los medios propuestos, antes o incluso durante la ejecución del contrato, siempre que se cumplan los términos de la oferta.

En cuanto la argumentación dirigida solo contra el acto de adjudicación, señala que el licitador adjudicatario, INTEGRACIÓN SOCIAL DE MINUSVÁLIDOS, S.L., ha propuesto a los recursos personales que actualmente están prestando el servicio tanto en Madrid como en Barcelona para desarrollarlo, y que la recurrente entrevistó a esos recursos personales y comprobó que con esa composición del equipo no se cumplían los

requerimientos establecidos en el PPT, solicitando tener acceso al expediente para examinar el informe técnico sobre tales medios.

El informe del órgano de contratación de contrario señala lo siguiente.

Que la recurrente no acreditó que todos los trabajadores reunieran los requisitos de titulación y experiencia requeridos en el pliego, no obstante, se le concedió la posibilidad de completar la documentación, que no reunía los requisitos exigidos en el pliego, la recurrente no completó la documentación, sino que presentó otros efectivos distintos, lo que no puede ser admisible, pues de lo contrario se produciría un trato de favor y discriminatorio respecto de los demás licitadores.

El órgano no discrepa del criterio de admitir la sustitución de otros efectivos que cumplan con los mismos requisitos, tanto en fase de adjudicación como de ejecución del contrato; sin embargo, en el presente caso los efectivos que el licitador se había comprometido a aportar a la ejecución del contrato, no cumplían con los requerimientos del pliego, y sólo y en aras del derecho del licitador de poder subsanar o completar la documentación, se le requirió al tal efecto. No resulta admisible que ante el requerimiento cambie los efectivos que se había comprometido a aportar, cosa distinta es que comprometiéndose a aportar determinados efectivos que reúnen los requisitos que exige el Pliego, durante la ejecución del contrato sean sustituidos por otros que reúnen igualmente los requisitos.

Sexto. Es necesario para la determinar o no la procedencia del acto de exclusión tener en cuenta dos cuestiones muy distintas, una de naturaleza material, el contenido y alcance de la obligación de adscripción de medios, de otra la posibilidad de subsanación de la documentación presentada como consecuencia del requerimiento previsto en el artículo 150.2 LCSP, y en particular en lo referente a la referida a disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato.

Por lo que se refiere a la adscripción de medios dispone el artículo 76.2 y 3 de la LCSP, lo siguiente.

“2. Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o

materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.

En el caso de contratos que atendida su complejidad técnica sea determinante la concreción de los medios personales o materiales necesarios para la ejecución del contrato, los órganos contratación exigirán el compromiso a que se refiere el párrafo anterior.

3. La adscripción de los medios personales o materiales como requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista deberá ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación.”

En cuanto a la acreditación de disponibilidad de medios dispone el artículo 150.2 LCSP lo siguiente.

“Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad,

que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71.

En el supuesto señalado en el párrafo anterior, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.”

Es abundante nuestra doctrina sobre ambas normas, sin perjuicio de ir referida a los precedentes preceptos del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), doctrina que no ha variado sustancialmente con la nueva LCSP.

Así el artículo 76.2 de la LCSP permite que los órganos de contratación pueden 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.

Esta concreción de las condiciones de solvencia no puede confundirse con la solvencia profesional o técnica, pues la solvencia es un requisito de admisión, de carácter eliminatorio y no valorativo, de modo que quienes no cumplan los requisitos exigidos son excluidos de la licitación. En cambio, 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, al momento de la acreditación de la capacidad y solvencia, cuya materialización sólo debe exigirse al empresario 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.

En fin, es por ello, por no ser obligado 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 puede 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.

El órgano de contratación, en el trámite de presentación de documentación previsto en el artículo 150.2 LCSP, ha 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, procediendo en caso contrario a recabar del licitador siguiente, por el orden en que han quedado las oferta, la documentación requerida por dicho precepto.

Esta comprobación es cualitativamente distinta de la de la fase de solvencia, así en fase de solvencia basta con el compromiso de adscripción, mientras que en el trámite previsto en el artículo 150.2 LCSP la documentación exigida al contratista propuesto como adjudicatario que este debe aportar ha de ser suficientemente acreditativa de la efectividad de la adscripción de medios, no bastando con manifestaciones que no justifican tal cumplimiento, pues corresponde al órgano de contratación comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado y que esa disponibilidad no se presume, por lo que el órgano al que corresponda apreciar la solvencia de los licitadores o candidatos presentados a un procedimiento de adjudicación deberá examinar minuciosamente las pruebas aportadas por el licitador al objeto de garantizar al órgano de contratación que en el periodo de ejecución del contrato el licitador podrá efectivamente usar los medios de todo tipo invocados.

En cuanto a la posibilidad de subsanar posibles defectos en la documentación aportada al amparo del hoy artículo 150.2 LCSP, en nuestra Resolución número 747/2018, de 31 de julio, modificamos los criterios que sosteníamos con anterioridad, interpretando y concretar el significado tanto del precedente artículo 151.2 del TRLCSP, como del vigente artículo 150.2 LCSP, rechazando la interpretación literal, muy rigorista, extrema y muy amplia de su contenido que se venía aplicando, teniendo en cuenta que el precepto debe ser de interpretación restrictiva a la vista de su carácter sancionador.

Así se acoge una interpretación del artículo 150.2 de la LCSP más delimitada y acorde con el contenido literal del precepto y su finalidad, que no es otra que resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado con transcendencia respecto de la garantía provisional, en el caso de que se hubiera constituido, y, en

concreto, la imposición de una penalización del 3% del presupuesto base de licitación, que se hará efectiva en primer lugar contra la garantía provisional si la hubiera, e incluso, incurrir en causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 71.2.a) LCSP, si el incumplimiento se produce mediando dolo, culpa o negligencia..

En cuanto a la extensión objetiva del contenido de la conducta consistente en no haber cumplimentado el requerimiento efectuado, y si aquella se extiende a cualquier defecto u omisión de cumplimentación, o solo a la falta de cumplimentación total o en lo principal y sustancial, señalamos que la interpretación del precepto citado debe ser estricta y restrictiva, por su tenor literal, el efecto considerado y la consecuencia sancionadora que se vincula a la conducta que contempla.

Así de la dicción del artículo 150.2 de la LCSP se infiere que el precepto asocia una consideración determinada a la no cumplimentación, pero no a la cumplimentación aunque sea defectuosa o imperfecta, consideración que no es el rechazo de la oferta o su exclusión, sino que el interesado ha retirado su oferta, efecto que no es el propio del cumplimiento defectuoso o imperfecto de trámites en la LCSP ni en la LPACAP, sino que la normativa de contratación pública lo vincula a la retirada expresa de la oferta, o a conductas de incumplimiento grave, que la ley equipara a aquélla, como hace el artículo 62 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), en los casos de retirada de la proposición injustificadamente antes de la adjudicación, no constitución por el adjudicatario de la garantía definitiva, no formalización en plazo el contrato por causas imputables al adjudicatario, equiparando a la retirada injustificada de la proposición, no contestar a la solicitud de información si la oferta presentada es anormalmente baja, o el reconocimiento por parte del licitador de que su proposición adolece de error, o inconsistencia que la hagan inviable.

Los supuestos que cita la norma reseñada, junto a la retirada injustificada de la oferta son concretos, e implican incumplimientos graves y completos de una obligación. Es decir, se equiparán a la retirada injustificada de la oferta, incumplimientos totales de obligaciones concretas, no cumplimientos defectuosos de las mismas. A su vez, se consideran retirada injustificada los casos en que no se atiende el requerimiento de información en la oferta temeraria o se reconoce que la oferta es errónea o incurre en vicio que la hace inviable, pero no si la información suministrada es insuficiente o incompleta.

Así llegamos a la conclusión de que la técnica de equiparar determinadas conductas a la retirada injustificada de la oferta se limita a incumplimientos totales de ciertas obligaciones, y si el requerimiento no se cumple, todo ello al fin de imponer la penalización que la LCSP prevé, por lo que en el requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP solo concurre cuando no se cumple en modo alguno lo requerido o no se constituye en modo alguno la garantía definitiva en el plazo señalado. Solo en tal caso, estaríamos ante incumplimientos de gravedad suficiente para afirmar que se ha retirado la oferta y procede las consecuencias que la Ley establece, pero no si se cumple defectuosamente lo requerido, supuesto en el que no cabe afirmar retirada de la oferta, y solo cabría, en buena técnica, excluir la oferta por incumplimiento del trámite, efecto gravísimo y perjudicial para el interés público ante una conducta de cumplimiento defectuoso no grave sin que previamente se dé la oportunidad, como se prevé en la LPACAP, de subsanar el defecto u omisión cometido por el interesado en el trámite conferido.

La segunda cuestión es la posibilidad o no de subsanar las omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación del requerimiento efectivamente realizada en el plazo concedido, pero de forma defectuosa.

La posibilidad indicada no puede negarse, especialmente si el propio interesado pone de manifiesto su voluntad de subsanar los defectos u omisiones apreciados, bien directamente porque los detecte él, bien porque se le pongan de manifiesto.

Esa posibilidad debe admitirse por las siguientes dos razones: la primera de estricta lógica, ya que si los órganos de contratación exigen aportar en el sobre de la documentación administrativa una declaración responsable de que cumplen los requisitos previos o el DEUC, y que el propuesto como adjudicatario acredite antes de la adjudicación que cumple esos requisitos es razonable pensar que su calificación se hará en ese momento, y si sus defectos y omisiones son subsanables si esa documentación se presenta antes, también habrá de serlo si se aprecian cuando se le requiere la documentación relativa a esos requisitos previos para adjudicarle el contrato; la segunda razón consiste en que el artículo 150 de la LCSP no dice nada al respecto, pues no lo autoriza expresamente ni prohíbe la subsanación. Por tanto, a partir de la interpretación del artículo 150.2 antes expuesta, es aplicable la disposición final cuarta, apartado 1, de

la LCSP que somete subsidiariamente los procedimientos regulados en dicha Ley a lo previsto en la LPACAP, en concreto su artículo 73.2 que dispone que en cualquier momento del procedimiento, cuando la Administración considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo.

Así en aplicación de tal doctrina en nuestra Resolución número 749/2018, de 31 de julio, en el caso de un defecto en la cumplimentación del trámite conferido de acreditar la disposición efectiva de los medios personales o materiales que se hubiera comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato el licitador propuesto como adjudicatario, en que el cumplimiento del trámite se efectuó dentro del plazo legal en su mayor parte, y tras trámite de subsanación en su totalidad, incluido el defecto de que uno de los medios materiales a adscribir a la ejecución del contrato que no había sido cumplimentado *ab initio* sino en el trámite de subsanación, mediante su sustitución por otro, en que el órgano de contratación extendió que no era requisito susceptible de subsanación, porque la sustitución del medio efectuada se había producido una vez transcurrido el plazo establecido en el artículo 151.2 del TRLCSP (que hoy sería el 150.2 de la LCSP), por lo que consideró que la licitadora recurrente había retirado su oferta, señalamos lo siguiente.

“No compartimos el criterio el OC, además de por lo expuesto en el FD Quinto anterior, por las siguientes razones:

1. Ante defectos u omisiones intrascendentes en las que el requerimiento efectuado ex artículo 151.2 [hoy 150.2 LCSP], es cumplido y atendido, no cabe anudar inexorablemente el efecto de considerar retirada la oferta, por las razones que en el FD Quinto anterior hemos indicado, en particular porque no ha habido retirada de la oferta ni incumplimientos legalmente equiparables, y menos aún que lleven a incautar la garantía provisional o imponer una penalización del 3% del presupuesto del contrato sin IVA, e incluso la prohibición de contratar prevista en el artículo 60.2, a), del TRLCSP [hoy artículo 71.2.a) LCSP]. Como se ha indicado en el FD Quinto anterior el precepto citado ni autoriza expresamente ni prohíbe la subsanación del defecto, por lo que habiéndose cumplimentado el trámite con defecto, procedía aplicar el artículo 73 de la Ley 39/2015, y requerir la subsanación o admitir la efectuada por el propio interesado.

2. El OC en el PCAP distingue a efectos de subsanación, según se trate de documentos del artículo 146 del TRLCSP [hoy 140 de la LCSP] o de los requisitos del artículo 151.2 [hoy 150.2 LCSP], admitiendo la subsanación en los primeros pero no en los segundos. La distinción no es aceptable, pues a fin de cuentas el compromiso de adscripción de medios complementa la solvencia técnica y va dirigido a asegurar que durante la ejecución del contrato el licitador adjudicatario va a dedicar a la ejecución del contrato cuantos medios sean necesarios para la correcta ejecución, no bastando con el mero contenido de la oferta a tal fin, de ahí que esos compromisos se integren en el contrato. Dicho compromiso se ha de aportar en el sobre de la documentación administrativa de cumplimiento de requisitos exigidos, es decir, al amparo del artículo 146 del TRLCSP [hoy 140 de la LCSP], y es en el trámite del artículo 151.2 [hoy 150.2 LCSP] en el que se debe acreditar, no el compromiso, sino la disponibilidad de lo comprometido. No obstante, en el PCAP que rige esta licitación no se exige efectuar ese compromiso al aportar la documentación administrativa, sino que unifica en el requerimiento del artículo 151.2 del TRLCSP [hoy 150.2 LCSP] tanto la formulación del compromiso como la acreditación de la disponibilidad, mejor dicho, ese compromiso estaría implícito en la acreditación de la disponibilidad de unos concretos medios, por lo que no se podría saber qué es compromiso y qué es acreditación de disponibilidad, ni por ello, qué es subsanable y qué no.

El compromiso de adscribir unos concretos medios personales o materiales debe efectuarse antes de la propuesta de adjudicación, y debe exigirse con la documentación administrativa, incluso cabe exigir enunciarlos antes de dicha propuesta. Ahora bien, ese compromiso lo es para la ejecución del contrato y puede llegar a configurarse como obligación esencial cuyo incumplimiento sea causa de resolución del contrato, pero siempre **es un compromiso de medios personales o materiales fungibles, es decir, se cumple con lo adscripción de uno u otro del mismo tipo, requisitos y calidad, siendo sustituibles**. Por ejemplo, si se exige el compromiso de adscribir dos ingenieros industriales con una experiencia x en los cinco últimos años, y así se efectúa por el licitador luego propuesto como adjudicatario, nada impide que si uno de dichos ingenieros se incapacita o simplemente incumple su compromiso con aquél, pueda este sustituirlo por otro con la misma o mejor titulación, experiencia y demás requisitos exigidos. Lo mismo cabe decir de la cosa materiales fungibles, cual es un camión de x características.

Pues bien, si en el PCAP se hubiese exigido el compromiso de adscripción y la concreción de las características de los recursos comprometidos sin identificarlos nominativamente, y estos datos fuesen defectuosos, nada hubiera impedido que se requiriese la subsanación. Por el mismo motivo, si el recurso comprometido se hubiese incapacitado, caso de recursos humanos, o se hubiese inutilizado, caso de cosas, no cabría negar la sustitución de uno por otro del mismo tipo y características, sino al contrario, exigirla, ya que se trata de un compromiso de dedicar o adscribir el recurso, lo que se hace con uno o con otro. (...)

Como se ve la doctrina señalada en las Resoluciones 747/2018 y 749/2018 es directa e inmediatamente aplicable al recurso que nos ocupa.

El 22 de mayo de 2019 la recurrente presenta la documentación requerida en aplicación del artículo 150.2 de la LCSP, exigencia que cumple presentando la documentación solicitada, entre otros extremos, en relación con los medios personales propuestos para la prestación del servicio, no existiendo pues incumplimiento total de obligación, sino un cumplimiento defectuoso en lo que se refiere a dos de las personas comprometidas como medio personal, que no reunían la experiencia requerida, siendo conforme el cumplimiento del PPT respecto de las siete restantes, pues si bien el denominado recurso 2, suplente para las labores de coordinación, no cumplía los requisitos para ser coordinador, si existe un coordinador titular que los cumple, no exigiendo el PPT más de una persona con ese puesto, y cumpliendo la persona presentada para aquel puesto de coordinador sustituto la experiencia exigida para uno de los puestos al que se atribuye labores de recepción.

El nuevo requerimiento hecho a la recurrente por el órgano de contratación el 24 de mayo, a pesar de su deficiente e inconcreta redacción, tiene la consideración de solicitud de subsanación, como lo acepta el propio órgano de contratación en su informe a este recurso.

Hay que señalar que si bien su redacción habla de completar la documentación presentada el día 22 de mayo, señala expresamente que es *“a los efectos de acreditar que efectivamente dispone de todos los medios que se han comprometido a dedicar a la ejecución del contrato, con la experiencia requerida en el Pliego de Prescripciones Técnicas”*, sin exigir por tanto que la documentación solicitada se concrete en las

personas ofrecidas como medios a los señalados en la comunicación enviada inicialmente por la recurrente.

El 27 de mayo la recurrente contesta al requerimiento de subsanación, aportando la documentación correspondiente a los recursos 3 y 4 de protocolo, sustituyendo a las personas aportadas como medios personales por otras -que venían realizando las mismas funciones en el contrato vigente con similar objeto-, acompañada de la documentación acreditativa de su experiencia, experiencia que en ningún momento el órgano de contratación, antes o después del acto de exclusión de 29 de mayo de 2019, y en su informe a los recursos, pone en cuestión.

Toda vez que los medios personales a adscribir se definen en los pliegos por sus características profesionales, por lo que son, como dice la Resolución 749/2018, fungibles, cumpliéndose con la adscripción de uno u otro con las mismas características, en este caso la experiencia, siendo por tanto sustituibles -como por lo demás el PPT lo prevé al regular expresamente la sustitución durante la ejecución del contrato-, subsanándose el defecto apreciado precisamente por la sustitución de las personas aportadas como medio, no hay ningún precepto de la LCSP que ampare la tesis sostenida por el órgano de contratación para rechazar tal sustitución, de modo que aquel debió de tener por corregido el defecto y, en consecuencia, preceder a adjudicar el contrato a la recurrente.

En fin, no se entiende el argumento sostenido por el informe del órgano de contratación de que admitir la sustitución de una persona por otra como medio adscrito vulnera los principios de igualdad y no discriminación, pues en el trámite de aportación de documentación y comprobación de la misma previsto en el artículo 150.2 de la LCSP no hay competencia de la que derive concurrencia alguna con los demás licitadores, pues es individual y exclusivo, así como la aplicación de la sustitución de medios como subsanación del defecto no vulnera la posición de los licitadores clasificados sucesivamente, siempre que a ellos en la misma situación, de producirse, se les aplique el mismo criterio, por lo que falta el término de comparación admisible, que para la apreciación del principio de igualdad en la aplicación de la ley, exige como uno de sus requisitos la jurisprudencia constitucional.



En consecuencia, procede declarar nula la Resolución del Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 29 de mayo de 2019, por la que se da por retirada la oferta de la recurrente y se le excluye de la licitación.

Dicha declaración de nulidad lleva consigo como consecuencia necesaria la nulidad de la Resolución de adjudicación del contrato del mismo órgano, de 14 de junio de 2019, a la que no pudo alcanzar los efectos de la medida cautelar de suspensión del procedimiento adoptada por este Tribunal, sin que resulte procedente, por innecesario, examinar los hipotéticos vicios aducidos en él por la recurrente, distintos de la improcedencia de su exclusión en esta resolución declarada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar los recursos interpuestos por D.L.M.D., en nombre y representación de LAKI SOCIAL S. L., contra las Resoluciones del Presidente de 29 de mayo de 2019, por la que se da por retirada su oferta y se le excluye de la licitación, y de 14 de junio de 2019, de adjudicación del contrato de servicio de *“recepción, atención de visitas y reuniones, atención telefónica y gestión del correo postal”* (Exp. 11/19), licitado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, anulando ambos actos así como los intermedios entre ambos que resulten afectados por la nulidad del primero, y ordenando la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a la primera Resoluciones anulada de 29 de mayo de 2019.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida en virtud del artículo 58.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1

de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.