



Recurso nº 878/2021 C.A. de Illes Balears 53/2021

Resolución nº 1178/2021

Sección 1ª

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

En Madrid, a 15 de septiembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. J.R.M., en representación de REBOLD MARKETING AND COMMUNICATION, S.L.U., contra su exclusión de la licitación convocada por la Consellería de Presidencia, Función Pública e Igualdad de la Comunidad Autónoma de Illes Balears para contratar el *“Servicio de seguimiento de las noticias relacionadas con el Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears”*, expediente 2021 3448; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante Resolución de 12 de marzo de 2021, la Consellería de Presidencia, Función Pública e Igualdad de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, acordó el inicio de la licitación para la contratación, por procedimiento abierto simplificado y tramitación ordinaria, del *“Servicio de seguimiento de las noticias relacionadas con el Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears”*, expediente 2021 3448, sin división en lotes.

El contrato, no sujeto a regulación armonizada, con CPV 7231000 72318000 Servicio de tratamiento de datos, tiene un valor estimado de 162.152,32 € (IVA excluido).

Segundo. En fecha 15 de abril de 2021, se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP), el anuncio de licitación de la contratación de referencia, así como el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el de Prescripciones Técnicas (PPT).



Tercero. La licitación se desarrolla de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y su normativa de desarrollo en todo aquello que no se oponga a la LCSP, y en particular por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007.

Cuarto. Por cuanto aquí interesa, el PCAP que rige esta licitación en su Cláusula 5.2 establece que:

“Además de la solvencia exigida en los apartados 2 y 3 de la letra F, el órgano de contratación puede exigir la adscripción a la ejecución del contrato, como mínimo, de los medios personales y/o materiales que se indican en la letra F.5. Si no se indica nada, se entiende que no existen exigencias adicionales. En los supuestos en que se haya indicado alguna exigencia en la letra F.5 del Cuadro de características del contrato, y así se indique expresamente, en el presente contrato se exige, de conformidad con el artículo 76 de la LCSP, que los licitadores concreten las condiciones de solvencia mediante:

- a) La especificación de los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación.*
- b) El compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para llevarlo a cabo adecuadamente. En este caso, el órgano de contratación debe atribuir a estos compromisos el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211.1.f) de la LCSP o establecer penalidades de conformidad con el artículo 192.1 de la LCSP y la cláusula 27.5 de este Pliego.*

La especificación de los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación en el caso de que el licitador sea una persona jurídica, y, para cualquier licitador, el compromiso de dedicar o adscribir a la



ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes deberán presentarse en el sobre de la documentación general del licitador”.

Según el apartado F.5 del Cuadro de Características del PCAP:

“Además de la solvencia indicada, se exige la adscripción a la ejecución del contrato, como mínimo, de los medios personales y materiales siguientes:

— Medios personales:

– Dos personas con titulación superior que estén en posesión de un grado de los ámbitos del periodismo, la información o la comunicación audiovisual o la licenciatura pertinente.

– Una persona con titulación superior que esté en posesión de un grado del ámbito de la información y la documentación o la licenciatura pertinente.

— Medios materiales: canal de banda ancha como mínimo de 100 Mb, servicio de hosting y almacenamiento temporal de noticias en los servidores de la empresa con al menos un servidor con capacidad mínima de 500 Gb y almacenamiento mínimo disponible de 10 TB.

El propuesto adjudicatario tendrá que especificar el nombre y acreditar la calificación del personal adscrito a la ejecución del contrato.”

En la Cláusula 14.1.1 del PCAP relativa a la *“Documentación general (Sobre único: Documentación general y proposición evaluable mediante la aplicación de fórmulas o Sobre nº1: Documentación general y proposición evaluable mediante juicio de valor”*, se exige a los licitadores:

“c) La especificación de los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación en el caso de que el licitador sea una persona jurídica, y, para cualquier licitador, el compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para llevarlo a cabo adecuadamente a que hace referencia la cláusula 5.2 de este Pliego en los



casos en que se haya exigido en la letra F.5 del Cuadro de características del contrato para la concreción de las condiciones de solvencia”.

La Cláusula 16 del PCAP dispone, sobre la calificación de la documentación general, lo siguiente:

“16.1 Concluido el plazo de presentación de proposiciones, la Mesa de contratación procederá a la calificación de la documentación general contenida en los sobres único o nº 1 presentados por los licitadores.

Si observase defectos u omisiones subsanables en la declaración responsable o en el resto de la documentación presentada, lo notificará al licitador correspondiente, dejando constancia de dicha notificación en el expediente, concediéndole un plazo no superior a tres días naturales para que los subsane. En este momento el licitador tendrá la consideración de admitido provisionalmente”.

16.2 La presentación por parte del licitador de los documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos previos a los que hace referencia la cláusula 20.2 de este Pliego, en lugar de o junto con la declaración responsable, no dará lugar a su calificación por parte de la Mesa de contratación, que, en consecuencia, no otorgará plazo para subsanar los defectos u omisiones subsanables que, en su caso, pudieran observarse en los mismos.

No obstante, si en lugar de la declaración responsable se presentasen únicamente aquellos documentos, la subsanación consistirá en la presentación de la declaración responsable.

No se podrá otorgar un nuevo plazo de subsanación si la declaración responsable que el licitador presenta durante el plazo de subsanación contiene defectos u omisiones, aunque sean subsanables.

16.3 En caso de que el órgano de contratación haga uso de la facultad que le otorga la cláusula 14.2, segundo párrafo, de este Pliego, esta documentación deberá



presentarse en un plazo de 7 días hábiles a contar desde el día siguiente a aquel en que el licitador hubiera recibido el requerimiento.

Una vez presentada la documentación, la Mesa de contratación procederá a la calificación de la documentación presentada en la forma establecida en la cláusula 16.1 de este Pliego.

A efectos de completar la acreditación del cumplimiento de los requisitos previos, se podrán recabar del licitador las aclaraciones que se estimen oportunas sobre los certificados y documentos presentados, así como requerirle para la presentación de otros documentos complementarios.

16.4 La comunicación de los defectos u omisiones subsanables se realizará por medios electrónicos.

La documentación que presente el licitador en este momento deberá estar a disposición de la Mesa de contratación antes de la finalización del plazo para subsanar.

La falta de subsanación en plazo de los defectos u omisiones advertidos dará lugar a la no admisión del licitador.

Si la documentación de un licitador contiene defectos sustanciales o deficiencias materiales no subsanables, no será admitido a la licitación”.

La Cláusula 18 del PCAP, en relación con el trámite del requerimiento previo a la adjudicación, preceptúa que:

“La Mesa de contratación requerirá al licitador que haya obtenido la mejor puntuación para que, dentro del plazo de 7 días hábiles, a contar desde el envío de la correspondiente comunicación, presente, en su caso, la documentación que se especifica en las cláusulas 19 y 20, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, salvo que la hubiere presentado con anterioridad. En el caso de que el empresario esté inscrito en el Registro Oficial de



Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público únicamente deberá presentar los documentos que no consten inscritos. En todo caso, deberá presentar los documentos citados en los párrafos 3 y 4 de la cláusula 20.2.c) de este Pliego.

Una vez presentada la documentación, la Mesa de contratación o la unidad gestora del expediente de contratación procederá a la calificación de la documentación presentada por el licitador.

Si observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo notificará al licitador, dejando constancia de dicha notificación en el expediente, concediéndole un plazo no superior a tres días naturales para que los subsane. Tanto el requerimiento mencionado como la comunicación de los defectos u omisiones subsanables se realizarán, con carácter general, por medios electrónicos, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

La documentación que presente el licitador en este momento deberá estar a disposición de la Mesa de contratación o la unidad gestora del expediente de contratación antes de la finalización del plazo para subsanar.

A efectos de completar la acreditación de la capacidad y la solvencia del licitador, se podrá recabar de este las aclaraciones que se estimen oportunas sobre los certificados y documentos presentados, así como requerirle para la presentación de otros documentos complementarios.

De no cumplimentarse el requerimiento en el plazo señalado o de no subsanarse en plazo los defectos u omisiones advertidos, o en el caso de que la documentación del licitador contenga defectos sustanciales o deficiencias materiales no subsanables, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, y se le exigirá el importe del 3 % del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 71.2.a) de la LCSP.

Asimismo, en ese caso, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan sido clasificadas las ofertas y sin necesidad



de ponderar nuevamente los criterios de adjudicación ni de recalcular las puntuaciones de los licitadores”.

En la Cláusula 20 del PCAP, sobre la documentación a presentar por el licitador seleccionado para la adjudicación, se dispone que:

“20.1 El licitador que haya presentado la mejor oferta deberá acreditar, en el plazo máximo de 7 días hábiles, a contar desde el envío de la correspondiente comunicación, que cumple las condiciones de capacidad, representación y, en su caso, solvencia que se exigen en este Pliego (...).

20.2. Para acreditar el cumplimiento de las condiciones de capacidad, representación y, en su caso, solvencia que se exigen en este Pliego, el licitador deberá presentar los documentos que se indican a continuación, sin perjuicio de lo establecido en la cláusula 20.5 de este Pliego:

(...)

c) La acreditación, en su caso, de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, de conformidad con lo establecido en la cláusula 5 de este Pliego y la letra F del Cuadro de características del contrato.

Los licitadores deben aportar, en su caso, la documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional que se indica en la letra F del Cuadro de características del contrato.

Además, el licitador deberá, en su caso y de acuerdo con lo previsto en la cláusula 5.2 y la letra F.5 del Cuadro de características del contrato de este Pliego, presentar los documentos que acrediten la efectiva disposición de los medios personales o materiales que se hubiese comprometido a adscribir a la ejecución del contrato.”

Sobre la adjudicación, la Cláusula 21.1 del PCAP establece que:

“El órgano de contratación deberá adjudicar el contrato dentro de los cinco días naturales siguientes a la recepción de la documentación. Este plazo quedará en



suspenso hasta tanto no haya transcurrido el plazo concedido, en su caso, para subsanar”.

Finalmente, debe añadirse que, entre los Anexos a cumplimentar por los licitadores, el PCAP incorporan el ANEXO III relativo al “COMPROMISO DE ADSCRIBIR A LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO LOS MEDIOS PERSONALES Y MATERIALES”, en los términos literales siguientes:

“(…)

Me comprometo a adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales a los cuales hace referencia la letra F.5 del cuadro de características técnicas del pliego de cláusulas administrativas particulares:

- Dos personas con titulación superior que estén en posesión de un grado en los ámbitos del periodismo, la información o la comunicación audiovisual o la licenciatura pertinente.*
- Una persona con titulación superior que esté en posesión de un grado en el ámbito de la información y la documentación o la licenciatura pertinente.*
- Canal de banda ancha como mínimo de 100 Mb, servicio de hosting y almacenamiento temporal de noticias en los servidores de la empresa con al menos un servidor con capacidad mínima de 500 Gb y almacenamiento mínimo disponible de 10 TB.*

(…)”.

Quinto. Resultan del expediente de contratación los siguientes presupuestos fácticos de interés:

Un total de cinco empresas participan en la licitación, presentando oferta en plazo: HALLON INTELLIGENCE, S.L., KANTAR MEDIA, S.A.U., METRÓPOLIS COMUNICACIÓN, S.L., REBOLD MARKETING AND COMMUNICATION, S.L.U. y SEGUIMEDIA, S.L.



Según consta en el acta de la sesión de 4 de mayo de 2021, la mesa de contratación acuerda admitir a las cinco empresas aludidas a la licitación después de comprobar que han cumplimentado la documentación administrativa o general correctamente, sin realizar requerimiento de subsanación alguno. Tras la valoración y clasificación de las ofertas, se acuerda asimismo elevar propuesta de adjudicación a favor de la entidad REBOLD MARKETING AND COMMUNICATION, S.L.U. por ser su oferta la más ventajosa con una puntuación total de 100 puntos y requerir a esta entidad para que dentro del plazo de siete días hábiles, a contar desde el envío de la correspondiente comunicación, presentase la documentación para la adjudicación.

Particularmente, en fecha 6 de mayo de 2021, se requiere la presentación de la siguiente documentación:

“- Acreditación de la solvencia económica y técnica, puesto que la clasificación que consta en el ROLECE no se corresponde con la clasificación indicada en el PCAP.

- Acreditación de la concreción de las condiciones de solvencia, de acuerdo con el apartado F.5 del cuadro de características del contrato del PCAP.

- Garantía definitiva.

- Último recibo del Impuesto sobre Actividades Económicas o el documento de alta en el mismo, cuando esta sea reciente y no haya surgido todavía la obligación de pago, junto con una declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del impuesto. En el supuesto de que el licitador esté incluido en alguno de los supuestos de exención del impuesto, tiene que presentar el documento de alta y una declaración responsable en la cual se acredite esta circunstancia”.

En atención a este requerimiento, la entidad REBOLD MARKETING AND COMMUNICATION, S.L.U. presentó, mediante correo electrónico de fecha 17 de mayo de 2021, la documentación que tuvo por conveniente. En concreto, para la acreditación de los medios personales a adscribir a la ejecución del contrato, se aporta declaración responsable del representante de la empresa de que el equipo humano adscrito a la ejecución del contrato será D. J.H., licenciado en ingeniería electrónica; D. R.V., licenciado

en periodismo y D. M.D. licenciado en matemáticas, presentándose copias de los correspondientes títulos universitarios.

Según resulta del acta de la sesión de 19 de mayo de 2021, la mesa de contratación considera que tales medios personales (D. J.H., licenciado en ingeniería electrónica y D. M.D. licenciado en matemáticas), no cumplen con los requisitos establecidos en el PCAP, puesto que no tienen una titulación de los ámbitos del periodismo, la información o la comunicación audiovisual, ni de la información y la documentación, acordando la exclusión de la empresa REBOLD MARKETING AND COMMUNICATION, S.L.U. por no haber presentado la documentación requerida para la adjudicación y el requerimiento de dicha documentación al siguiente licitador por el orden de clasificación de las ofertas.

Con cita de nuestra Resolución nº 747/2018, de 31 de julio del mismo año, este acuerdo de exclusión se motiva argumentando que: *"(...) no todo error en la documentación administrativa o en la requerida es subsanable, puesto que el hecho de permitir cambiar el personal adscrito al contrato para que se adaptase al PCAP implicaría permitir un cambio en su oferta y no una subsanación. Muchas son las resoluciones del TACRC dictadas en este sentido, tal como la Resolución 270/2011, 286/2015, 61/2013 o 798/2015"*.

Además, tal y como consta en el acta de referencia de la misma sesión, la mesa de contratación *"considera que no se puede entender retirada la oferta, sino que no se ha cumplimentado adecuadamente y que por lo tanto no procede exigir la penalización indicada al art. 150.2 LCSP"*.

Con fecha 31 de mayo de 2021, el órgano de contratación notificó, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, este acuerdo de exclusión a la empresa REBOLD MARKETING AND COMMUNICATION, S.L.U.

Sexto. Con fecha 9 de junio de 2021, mediante escrito presentado en el registro electrónico de este Tribunal, la empresa REBOLD MARKETING AND COMMUNICATION, S.L.U. interpone recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de su exclusión, por no haber presentado la documentación requerida en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos que estima oportunos, solicita la anulación de dicho acuerdo y la adjudicación del contrato a su favor.



Mediante primer otrosí se interesa la adopción de medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

Séptimo. Previo requerimiento y traslado del recurso de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquel, de fecha 17 de junio de 2021, en el que se interesa la desestimación del presente recurso.

Octavo. La Secretaría del Tribunal, en fecha 23 de junio de 2021, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones. En fecha 29 de junio de 2021, se presentan alegaciones por la entidad SEGUIMEDIA, S.L., mediante escrito en el que, con base en los motivos que estima oportunos, formula oposición e interesa la desestimación del presente recurso.

Noveno. La Secretaría del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución de 25 de junio de 2021, acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para su conocimiento y resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.1 y 2 de la LCSP y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Segundo. El objeto del presente recurso es el acuerdo de exclusión de la oferta presentada por la empresa recurrente en procedimiento de contratación para un servicio con un valor estimado superior a cien mil euros, tratándose en consecuencia de un acto impugnabile de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44.1 a) y 44.2 b) de la LCSP.



Tercero. La entidad recurrente está legitimada, de conformidad con lo establecido en el párrafo primero del artículo 48 de la LCSP, según el 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”.

Particularmente, se trata de una licitadora concurrente cuyos intereses legítimos podrían verse afectados por el acto impugnado, debido a que ha participado en la licitación y ha dejado de hacerlo precisamente a causa de su exclusión, pudiendo eventualmente resultar adjudicataria en caso de estimación del presente recurso.

Cuarto. Se han cumplido las prescripciones que en relación con el plazo, forma y lugar de interposición de este recurso se establecen en los artículos 50 y 51 de la LCSP y 17 a 21 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Así por lo que respecta a la interposición del recurso en plazo, cuestión que se halla íntimamente ligada a la consideración del acto impugnado y de la misma legitimación activa para la impugnación, en este caso no han transcurrido los 15 días hábiles del plazo entre la fecha de la notificación a la entidad recurrente del acto impugnado (31 de mayo de 2021) y la de interposición del recurso (9 de junio de 2021).

Quinto. Tras el análisis de los requisitos de admisión del recurso, corresponde el examen de la cuestión de fondo planteada.

El recurso se articula en base a los siguientes motivos de impugnación:

- Cumplimiento del compromiso de adscripción de medios personales. La empresa REBOLD MARKETING AND COMMUNICATION, S.L.U. dispone de forma efectiva de los medios personales exigidos con los perfiles adecuados en el momento previo a la adjudicación del contrato, no vulnerando así el artículo 150.2 de la LCSP ni la Cláusula



F5 del Cuadro de Características del PCAP. Se acompaña al escrito de recurso, como documento nº 5, certificado de la responsable de recursos humanos de la empresa.

- Defectuosa acreditación, en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, de que el personal adscrito a la ejecución del contrato cumplía con los requisitos de titulación exigidos en los pliegos: la Administración ni siquiera exigió que subsanara la titulación del equipo de trabajo por considerar, a su juicio erróneamente, que ello implica la modificación de la oferta.

En apoyo de esta última alegación según la cual existiría la posibilidad de subsanar, al estar ante un error humano que no afecta al contenido de la oferta, se invoca la doctrina judicial contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso administrativo, de 25 de mayo de 2015 y las Resoluciones de este Tribunal nº 747/2018, de 31 de julio de ese mismo año - citada también por la mesa de contratación como fundamento del acuerdo impugnado - y la nº 1109/2018, de 30 de noviembre de 2018.

Frente a ello, el órgano de contratación en su informe al recurso reitera la motivación del acuerdo impugnado y postula que:

“Además, el PCAP es suficientemente claro en los requisitos que debe cumplir el personal a adscribir al contrato, por lo que el hecho de adscribir a personas que de ninguna manera cumplen con estos requisitos no supone un mero error subsanable o un fallo humano, sino una falta de diligencia por parte de la empresa a la hora de cumplimentar la documentación que se le ha requerido, y en ningún caso se puede aceptar ahora la documentación que ha aportado al TACRC para acreditar estos requisitos exigidos.

La empresa en su recurso menciona diversas resoluciones que permiten la subsanación de errores formales, pero en este caso entendemos que lo que pretende la empresa no es acreditar una titulación no aportada del personal que se ha comprometido a adscribir al contrato, si no que pretende sustituirlo totalmente. La Mesa de contratación no podía solicitar la subsanación de nada, ya que simplemente el personal y las titulaciones aportadas no cumplían de ninguna



manera con los requisitos exigidos y por tanto no se trata de un error, sino de un incumplimiento del PCAP, y por tanto no podía más que rechazar su oferta.

En definitiva, tras lo expuesto entendemos que deben decaer los motivos en los que la recurrente fundamenta su petición, ya que esta parte entiende que la documentación previa para contratar presentada por la empresa REBOLD MARKETING AND COMMUNICATION, S.L.U., no cumple con el requisito F.5 del PCAP y no es subsanable (...)”.

En apoyo de su criterio, el órgano de contratación invoca nuestra Resolución nº 270/2011, de 10 de noviembre de 2011, que versa sobre si la constitución de la garantía provisional por importe insuficiente debe ser considerada como un defecto subsanable o insubsanable. Las Resoluciones nº 61/2013, de 6 de febrero de 2013 y 286/2015, de 30 de marzo de 2015, con cita en esta última de la nº 270/2011, que se pronuncian también acerca de si la constitución o no de la garantía definitiva, o su constitución por importe insuficiente, debe ser considerada como un defecto subsanable o insubsanable. Y nuestra Resolución nº 798/2015, de 11 de septiembre de 2015, en la que nos pronunciamos sobre la posibilidad de subsanación de la documentación presentada en acreditación de lo que a medios a adscribir a la ejecución del contrato se refiere.

Sexto. Con carácter previo, deben tenerse en cuenta los pliegos que rigen esta licitación “*lex contractus*”, particularmente las previsiones de los mismos que sirven de fundamento a la decisión de exclusión que se revisa, de acuerdo con el principio conforme al cual los pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan en sus propios términos a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación, sin más excepciones que los casos en los que aquéllos estén incurso en causas de nulidad de pleno derecho, tal y como señala el artículo 139 de la LCSP, siendo criterio consolidado de este Tribunal la obligación a cargo de los licitadores de adecuar las ofertas presentadas a lo establecido en los pliegos, siendo la consecuencia necesaria del incumplimiento de esta obligación la exclusión de la oferta.

Este precepto legal dispone en su primer apartado que:

“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al Órgano de Contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”.

El carácter vinculante de los pliegos, una vez han adquirido firmeza, ha sido reiterado por la jurisprudencia y por este Tribunal en su doctrina en numerosas ocasiones y, entre otras, en nuestra Resolución nº 47/2018, de 19 de enero, en la que hicimos constar que:

«La parte recurrente no impugnó la redacción de las cláusulas del PCAP cuando este fue publicado, dentro del plazo que el TRLCSP confiere para ello, por lo que no cabe ahora pretender, cuando el resultado de la valoración le es desfavorable, revisar las cláusulas que regulan la puntuación que han de recibir las mejoras, salvo que se haya incurrido en nulidad de pleno derecho”. Por lo tanto, tal carácter vinculante y de lex inter partes que a éstos corresponde exige en un primer término recordar la dicción literal de aquéllos, a fin de proceder a continuación a estudiar las características que concurren en el recurrente y determinar, en consecuencia, la procedencia o improcedencia de decisión adoptada. En primer lugar, hemos de destacar que es reiterado principio conforme al cual los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la Ley del contrato y vinculan en sus propios términos a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación, tal y como señala el artículo 139 LCSP, que dispone en su primer apartado: 1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea».

En el supuesto analizado tiene razón la parte recurrente cuando señala que, de conformidad con los pliegos, en el sobre número 1 (único) debía incluirse, entre otra documentación, el compromiso de adscripción de medios personales y materiales, siguiendo el modelo del anexo III, que está redactado de forma que el licitador se compromete a adscribir los medios personales y materiales indicados en el apartado F5 del Cuadro de Características, sin que se sea necesario especificar el nombre, apellido y titulación concreta de las tres personas que, como mínimo, deben adscribirse a la ejecución del contrato, correspondiendo al licitador propuesto para la adjudicación, de acuerdo con lo establecido en el aludido apartado F5, especificar el nombre y apellidos y acreditar la cualificación del personal adscrito a la ejecución del contrato.

Séptimo. Vistos los términos en los que el recurso ha quedado planteado, las cuestiones que han de analizarse para decidir sobre la conformidad o no a derecho del acto de exclusión de la recurrente son las relativas, de un lado, al contenido y alcance del compromiso de adscripción de medios y, de otro, a la posibilidad o no de subsanación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, particularmente en lo relativo a la acreditación de los medios personales que se hayan comprometido para la adscripción en los términos y con el alcance exigidos en los pliegos.

Conviene recordar lo señalado en el artículo 76 de la LCSP que regula la concreción de las condiciones de solvencia, estableciendo en su apartado 2 que:

“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.”

Añade el apartado 3 de este precepto legal que:

“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”.

Como viene declarando este Tribunal, se advierte la diferencia entre las solvencias profesional o técnica (requisito de admisión) y la materialización de la adscripción de medios personales y materiales exigida al adjudicatario, por lo que hemos de convenir en que nos encontramos ante un compromiso de adscripción de medios incluido al amparo del artículo 76 de la LCSP y que, como tal, no exige que los medios en cuestión se encuentren a disposición del contratista en el momento mismo de presentar la proposición. 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 de la LCSP (entre otras, Resolución nº 490/2020, de 26 de marzo).

Es por ello que, 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 aquél pueda iniciarse la ejecución en los términos establecidos en los pliegos y en la oferta aceptada), ningún obstáculo existe para que un licitador, al relacionar en su proposición los medios de que dispone, dejando para la fase del artículo 150.2 de la LCSP, la aportación de la documentación acreditativa de tal disposición efectiva para dar cometido a la ejecución del contrato. Y es que no puede imponerse que se acredite disponer de tales medios durante el proceso de licitación del contrato previo al requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP, ni sancionarlo en otro caso con la exclusión de la licitación.

Efectivamente, el órgano de contratación, en el trámite de presentación de documentación previsto en el artículo 150.2 de la 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 ofertas, la documentación requerida por dicho precepto legal.

Esta comprobación es cualitativamente distinta de la de la fase de solvencia, pues en fase de solvencia basta con el compromiso de adscripción, mientras que en el trámite previsto en el artículo 150.2 de la LCSP la documentación exigida al contratista propuesto como adjudicatario, y 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 tal sentido Resolución nº 949/2019, de 14 de agosto).

En cuanto a la intervención de la mesa de contratación en el trámite del artículo 150 de la LCSP, este precepto legal, bajo la rúbrica *“Clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato”*, establece lo siguiente:

“1. La mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas para posteriormente elevar la correspondiente propuesta al órgano de contratación, en el caso de que la clasificación se realice por la mesa de contratación.

Para realizar la citada clasificación, se atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego, pudiéndose solicitar para ello cuantos informes técnicos se estime pertinentes. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la mejor oferta es la que incorpora el precio más bajo.

(...)



2. 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.

3. El órgano de contratación adjudicará el contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación. En los procedimientos negociados, de diálogo competitivo y de asociación para la innovación, la adjudicación concretará y fijará los términos definitivos del contrato.

No podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego.”



Procede recordar la abundante doctrina de este Tribunal acerca del trámite de subsanación al amparo del vigente artículo 150.2 de la LCSP (y del precedente artículo 151.2 del TRLCSP) contenida en la Resolución nº 391/2020, de 12 de marzo de 2020, en la que se argumenta cuanto sigue:

“Pues bien, en relación con la doctrina de subsanación podemos citar por todas la Resolución nº 1074/2019, de 30 de septiembre de 2019,

Undécimo. Finalmente, resta por analizar si los defectos observados en la documentación aportada por la recurrente para dar cumplimiento al trámite establecido en el artículo 150.2 de la LCSP eran o no subsanables, como solicita en varios apartados de su escrito de recurso la empresa recurrente.

Pues bien, el Tribunal ya ha declarado en varias ocasiones (Resoluciones 747/2018, 749/2018, y 752/2018, entre otras) que en este caso procede conceder trámite de subsanación, cuando la documentación presentada por la empresa propuesta como adjudicataria no haya sido considerada completamente ajustada a lo exigido.

(...)

En nuestra Resolución 747/2018 dijimos:

“SEXTO. Antes de entrar a examinar las cuestiones planteadas en este recurso, consideramos que hemos de proceder a interpretar y concretar el significado del artículo 151.2 del TRLCSP, y, además, poniéndolo en relación con el precepto correlativo de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), que lo es su artículo 150.2, cuyo contenido es más amplio que aquél.

Esa tarea es imprescindible a la vista de que se viene aplicando una interpretación literal, muy rigorista, extrema y muy amplia de su contenido, que debe ser de interpretación restrictiva a la vista de su carácter sancionador, que está llevando a resultados sumamente extensivos, formalistas e injustos. Esos criterios extremos se han aplicado incluso por este Tribunal, y por los Tribunales de Justicia, como,

por ejemplo, sobre si se admite o no la subsanación de defectos o errores u omisiones cometidos en la cumplimentación del requerimiento, que se niega por el simple hecho de que el precepto no dice nada al respecto, que ni lo prevé, ni lo prohíbe. Además, este Tribunal viene ya aplicando un criterio menos formalista y extensivo del contenido de dicho precepto, como ha hecho en sus Resoluciones número 439/2018, de fecha 27 de abril de 2018, del Recurso nº 234/2018, y en la Resolución nº 582, de fecha 12 de junio de 2018, del Recurso nº 413/2018, a las que luego aludiremos, y en el mismo sentido, muchos órganos de contratación prevén en el PCAP la posibilidad de subsanar la omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación de dicho requerimiento, como ocurre en el caso objeto de este recurso especial, que, además, plantea cuestiones adicionales. Es preciso, por tanto, establecer una interpretación del artículo 151.2 del TRLCS (art. 150.2 en 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, su incautación o, bajo la LCSP, imposición de una penalización del 3%, e incluso, incurrir en causa de prohibición de contratar, como prevé el artículo 60.2, a), del TRLCSP.

Las cuestiones que plantea dicho precepto son en esencia, las siguientes:

- a). Extensión objetiva del contenido de la conducta consistente en no haber cumplimentado el requerimiento efectuado y determinación de si se extiende a cualquier defecto u omisión de cumplimentación, o solo a la falta de cumplimentación total o en lo principal y sustancial, según determinación legal.*
- b). Posibilidad o no de subsanar las omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación del requerimiento efectivamente realizada en el plazo concedido.*

La solución de ambas cuestiones está indudablemente afectada e influida por el efecto de la determinación legal consistente en incautar la garantía provisional (TRLCS) o imponer una penalización del 3% (LCSP), e incurrir en la prohibición

de contratar prevista en el artículo 60.2, a), del TRLCSP y precepto correlativo de la LCSP.

- Sobre la primera cuestión consideramos 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, y además por las siguientes razones:

1. El artículo 151.2 prevé una conducta a la que asocia una determinada consideración, conducta que es “No cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado...”.

Cumplimentar significa, según el DRAE, rellenar un impreso o poner en ejecución una orden superior. No significa cumplir perfectamente algo, en este caso lo requerido, sino simplemente poner en ejecución lo requerido, supuesto en el que existirá cumplimentación de lo ordenado, aunque no se haga perfectamente.

El sentido anterior del texto citado deriva del hecho de que el precepto asocia una consideración determinada a la no cumplimentación, pero no a la cumplimentación, aunque sea defectuosa o imperfecta. Y esa consideración no es que se rechace la oferta o se la excluya por no cumplimentar lo requerido el interesado, sino que se considera que el interesado ha retirado su oferta, efecto éste que no es el propio del cumplimiento defectuoso de trámites o, mejor dicho, de su cumplimentación defectuosa o imperfecta, ni en la Ley 39/2015, de PAC., ni en el TRLCSP, sino 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 aquella.

En ese sentido, debe citarse el artículo 62 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), que determina lo siguiente:

“Artículo 62. Efectos de la retirada de la proposición, de la falta de constitución de garantía definitiva o de la falta de formalización del contrato respecto de la garantía provisional.

1. *Si algún licitador retira su proposición injustificadamente antes de la adjudicación o si el adjudicatario no constituye la garantía definitiva o, por causas imputables al mismo, no pudiese formalizarse en plazo el contrato, se procederá a la ejecución de la garantía provisional y a su ingreso en el Tesoro Público o a su transferencia a los organismos o entidades en cuyo favor quedó constituida. A tal efecto, se solicitará la incautación de la garantía a la Caja General de Depósitos o a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales donde quedó constituida.*

2. *A efectos del apartado anterior, la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 83.3 de la Ley, o el reconocimiento por parte del licitador de que su proposición adolece de error, o inconsistencia que la hagan inviable, tendrán la consideración de retirada injustificada de la proposición”.*

Como puede apreciarse, el precepto fija unos supuestos que se equiparan por su gravedad a la retirada injustificada de la oferta a fin de ejecutar la garantía provisional, y prevé otros que se consideran retirada injustificada de la oferta, por ejemplo, en el caso de no contestar a la solicitud de información si la oferta presentada es anormalmente baja. Pero como puede apreciarse, la equiparación en el caso citado, a la retirada de la oferta, lo es por la falta de contestación, no por la contestación insuficiente o inadecuada, supuesto este en el que el órgano de contratación podría o no rechazar la oferta anormalmente baja.

Los supuestos legales que cita la norma reseñada junto a la retirada injustificada de la oferta son concretos, e implican incumplimientos graves y completos de una obligación: no constituir la garantía definitiva y no formalizar el contrato por causas imputables al interesado. Es decir, se equiparán a la retirada injustificada de la oferta, incumplimientos totales de obligaciones concretas, no cumplimientos defectuosos de las mismas. Y, 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.



Pues bien, 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 ejecutar la garantía por las causas citadas, por lo que en nuestro caso 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 la incautación y ejecución de la garantía provisional, pero no en otro caso, pues el efecto atribuido si se cumple defectuosamente lo requerido, ya no recaería sobre su no cumplimiento sino sobre su cumplimiento defectuoso, supuesto en el que no cabe afirmar retirada alguna 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 Ley 39/2015, de subsanar el defecto u omisión cometido por el interesado en el trámite conferido.

La interpretación anterior estricta y no extensiva se corresponde con los dos efectos que para la retirada injustificada de la oferta y supuestos equiparados citados más arriba se prevé en el TRLCSP y en la LCSP. El primero es la incautación y ejecución de la garantía provisional (TRLCSP) o la imposición de una penalización del 3% del presupuesto base de licitación sin incluir IVA (LCSP). Tal consecuencia es indudablemente una sanción civil solo admisible en caso de incumplimientos graves, no en caso de cumplimientos defectuosos que no pueden ser considerados expresivos de una retirada de la oferta, sino al contrario, de una voluntad de cumplimiento, que admite subsanación. Y el segundo es que tales conductas son diferenciadas y constituyen una causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 60.2, a), el TRLCSP, o en el artículo 71. 2, a) de la LCSP, en los que se diferencia como causas de prohibición la retirada de la proposición y el no haber cumplimentado el requerimiento del artículo 151.2 dentro el plazo conferido mediando dolo, culpa o negligencia; prohibición que puede alcanzar hasta tres años de duración. Parece razonable considerar que ese efecto solo se aplica al incumplimiento total del requerimiento u otros graves, como puede ser la falta de constitución de la garantía, que es citado expresamente por el mencionado precepto

en relación con los artículos 99.1 y 103.4 del TRLCSP, y en los casos citados del artículo 62 del RGLCSP, pero no en las cumplimentaciones meramente defectuosas o con omisiones, ya que en tales casos no cabe apreciar dolo, ni culpa, ni negligencia en grado suficiente como para causar una prohibición de contratar, y menos aún, si el interesado manifiesta expresamente su voluntad de subsanar los defectos y omisiones apreciadas.

De lo expuesto, no cabe sino considerar que en nuestro caso, la no cumplimentación del requerimiento en plazo concedido solo se equipara a retirada de la oferta en caso de falta de cumplimentación del requerimiento, o de no constituir en modo alguno la garantía definitiva en el plazo concedido.

2. 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 ser negada, 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 es de estricta lógica, ya que si frecuentemente 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 (artículo 146 del TRLCSP) 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, con la única particularidad de que ese plazo será el especial de la legislación de contratación pública, de tres días hábiles. Y la segunda razón consiste en que el artículo 151 no dice nada al respecto, pues ni autoriza expresamente ni prohíbe la subsanación. Por tanto, a partir de la interpretación del artículo 151.2 del TRLCSP que hemos



expuesto en el apartado 1 anterior, entendemos que es aplicable la Disposición Final Tercera.1, del TRLCSP, que somete supletoriamente los procedimientos regulados en dicha Ley a lo previsto en la Ley 39/2015. En nuestro caso, sería aplicable supletoriamente el artículo 73 de dicha Ley que determina:

“Artículo 73. Cumplimiento de trámites.

1. Los trámites que deban ser cumplimentados por los interesados deberán realizarse en el plazo de diez días a partir del siguiente al de la notificación del correspondiente acto, salvo en el caso de que en la norma correspondiente se fije plazo distinto.

2. 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.

3. A los interesados que no cumplan lo dispuesto en los apartados anteriores, se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente. No obstante, se admitirá la actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo”.

Como puede apreciarse, es coincidente el plazo inicial de 10 días para cumplimentar el trámite en el TRLCSP y en la LPAC. Lo que ocurre es que el apartado 2 del artículo 73 de la LPAC sí establece un trámite general de subsanación, trámite que, a falta de prohibición expresa en el TRLCSP, es aplicable en el caso de cumplimentación defectuosa o con omisiones, del requerimiento hecho al interesado. La única especialidad admisible, a falta de prohibición, es la del número de días para subsanar los defectos que, en el ámbito de la contratación pública, por el principio de celeridad en la tramitación y por analogía, sería el de tres días hábiles del artículo 81 del RGLCSP.

(...)

Sobre esta cuestión, la posibilidad de solicitar la subsanación de la documentación presentada por el licitador propuesto como adjudicatario establecida en el artículo 151.2 del TRLCSP (en la actualidad, artículo 150.2 de la LCSP), este Tribunal se ha venido pronunciando, en general, en el sentido de no considerar admisible la subsanación, porque la misma atentaría contra la seguridad jurídica del resto de licitadores, y contra los principios proclamados en los artículos 1 y 139 del TRLCSP: publicidad, libre concurrencia y transparencia (Resoluciones 61/2013 y 286/2015).

Esta doctrina general ha sido modificada recientemente en nuestra Resolución 338/2018, en la que no sólo se considera admisible y ajustada a Derecho la solicitud de subsanación realizada por el órgano de contratación, sino que resuelve que la misma debió haber sido concedida en términos más amplios.

Llegados a este punto, este TACRC considera que, aunque pueden existir argumentos jurídicos en favor de la insubsanabilidad de la documentación presentada en este trámite, la doctrina contraria, esto es, no sólo la posibilidad sino el derecho subjetivo del licitador propuesto como adjudicatario a que se le conceda un trámite de subsanación de la documentación presentada, cuenta con más sólidas razones. Además de las expuestas en el Fundamento de Derecho Sexto anterior, se formulan las siguientes:

1. En primer lugar, no tiene sentido que tras un relativamente largo y costoso procedimiento para elegir al licitador que ha realizado la oferta económicamente más ventajosa, se le rechace de plano por existir algún error en la documentación presentada para poder realizar la adjudicación a su favor. Esta forma de actuar va en contra del interés general, que debe guiar siempre la forma de actuar de la Administración y con arreglo al cual deben interpretarse las leyes (artículo 103.1 de la Constitución). Recordemos que con la generalización y obligatoriedad del DEUC, prácticamente toda la documentación relativa a la empresa se presenta en esta fase del procedimiento (escrituras de constitución, de representación, documentos de identidad, solvencia económica, solvencia técnica, etc....), que, además, en el caso de que el licitador propuesto como adjudicatario sea una Unión Temporal de



Empresas, como en el supuesto que nos ocupa, dicha documentación se multiplica por dos, tres o más.

El error es consustancial al ser humano, y resulta claramente desproporcionado rechazar de plano la mejor oferta seleccionada por no haber presentado perfectamente, en un primer momento, la numerosa documentación exigida.

2. *El artículo 150.2 de la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, establece en relación con este trámite, que “de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediendo a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad”.*

Por tanto, con la nueva LCSP el licitador que fracasa en este trámite no sólo pierde la posibilidad de que se le adjudique el contrato (siendo la empresa mejor valorada), sino que además se le puede imponer una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación (entiende este Tribunal que la penalidad sólo procede cuando el incumplimiento de los requisitos para ser adjudicatario es grave y claro, y el licitador no ha actuado de buena fe y media dolo, culpa o negligencia).

La existencia de esta penalidad hace necesario, más que nunca, que se conceda al licitador propuesto como adjudicatario la posibilidad de subsanar los errores cometidos al presentar su documentación.

3. *La disposición final Tercera del TRLCSP dispone que “los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, y normas complementarias”.*

El artículo 151.2 del TRLCSP (así como el artículo 150.2 de la LCSP) establecen para el trámite que nos ocupa un plazo de diez días hábiles, sin hacer referencia a la posibilidad de subsanación y sin prohibirla o excluirla. Por tanto, esta regulación debe ser colmada, conforme a la mencionada disposición final tercera del TRLCSP, por la Ley 39/2015, cuyo artículo 73.2 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”.

En el ámbito de la contratación pública, el RGLCSP, en su artículo 81, y la LCSP, en el artículo 141.2 párrafo segundo, tiene una regulación especial sobre el plazo de subsanación, que lo fija en tres días hábiles.

4. *Las Leyes de Contratos siempre han establecido la subsanabilidad de la documentación administrativa presentada en el sobre número 1. En la actualidad, una vez establecida la obligatoriedad del DEUC (artículo 140.1.a) de la LCSP) esta documentación ya no se presenta en dicho sobre, sino sólo por el licitador propuesto como adjudicatario. Por tanto, también ahora debe permitirse la subsanación.*

5. *Admitir la subsanabilidad de la documentación presentada por el licitador propuesto como adjudicatario no se considera que infrinja el principio de igualdad entre licitadores, pues es un trámite obligado para la Administraciones Públicas por la LPAC, y que por ello siempre se aplicará en el mismo sentido”.*

Por ello procede estimar este motivo de recurso, para que el órgano de contratación conceda al recurrente un plazo de subsanación de la documentación presentada en el trámite establecido en el artículo 150.2 de la LCSP”.

Llegados a este punto, y en atención a las circunstancias concurrentes, estamos en condiciones de sostener que en el caso que nos ocupa debió otorgarse la subsanación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, lo que no ha sido debidamente atendido por el órgano de contratación. Lo acontecido es que el órgano de contratación exigió únicamente aportar en el sobre de la documentación administrativa un documento cumplimentado de compromiso de adscripción de medios personales y materiales conforme al modelo transcrito del anexo III de los pliegos, y apreciados los defectos en la documentación presentada en este trámite del artículo 150.2 de la LCSP, acordó la exclusión automática por esta causa de la oferta de la recurrente, sin requerir subsanación o aclaración en la forma que exigen los artículos 81.2 y 83.6 del RGLCAP y el artículo 73.2 de la LPAC- de

aplicación supletoria conforme a lo dispuesto por la Disposición final cuarta apartado 1 de la LCSP-, y conforme a la doctrina de este Tribunal que ha sido expuesta.

En este supuesto constituye el motivo de la exclusión automática, la falta o insuficiente acreditación documental por parte de la recurrente del perfil de los medios personales que se comprometen para la adscripción a la ejecución del contrato, privándole de la posibilidad legal y prevista en los pliegos rectores de subsanar ese cumplimiento defectuoso. Ocurre que se rechaza de plano la mejor oferta seleccionada por dicha defectuosa cumplimentación del trámite de requerimiento que fue atendido por la empresa con la presentación de la documentación que le fue solicitada y en el plazo que le fue concedido al efecto, considerando erróneamente la mesa de contratación que: *“(...) no podía solicitar la subsanación de nada, ya que simplemente el personal y las titulaciones aportadas no cumplían de ninguna manera con los requisitos exigidos y por tanto no se trata de un error, sino de un incumplimiento del PCAP”*.

En suma, se considera que se ha adoptado una decisión desproporcionada al amparo de una interpretación excesivamente formalista y equivocada, con infracción del artículo 150.2 de la LCSP y de la cláusula 18 de los pliegos rectores y se ha tratado como insubsanable un error ostensible y manifiesto (presentación de una titulación distinta a la exigida en los pliegos para los medios personales que se comprometen adscribir a la ejecución del contrato), que conforme a la doctrina expuesta, este Tribunal considera que debió ser objeto de requerimiento de subsanación, en la medida en que afectaba –o cuanto menos podía afectar- a la acreditación del cumplimiento de un requisito y no a su existencia misma, debiendo circunscribirse la exclusión a los casos de flagrante y claro incumplimiento, a fin de procurar y garantizar una actuación del órgano de contratación más respetuosa con los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 de la LCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, así como más conforme con la obligación de dispensar un tratamiento igualitario y no discriminatorio a candidatos y licitadores y con los principios de transparencia y proporcionalidad recogidos en el artículo 132.1 de la LCSP.

Cabe traer a colación nuestra Resolución nº 949/2019, de 14 de agosto, en la que resolvimos un caso similar al que aquí nos ocupa a salvo que en este supuesto sí se había realizado requerimiento de subsanación con arreglo al artículo 150.2 de la LCSP, trámite en el que la licitadora propuesta para la adjudicación sustituyó los medios personales inicialmente ofrecidos para cumplir el perfil exigido en los pliegos. En esta Resolución, tras reiterar nuestra doctrina acerca de la posibilidad de subsanación en este trámite en los términos que ha sido anteriormente expuesta, señalamos lo siguiente:

“(...) 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.

(...)

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, proceder 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".

Por último, sobre la pretensión planteada por la recurrente de adjudicación del contrato a su favor, debe rechazarse en la medida en que, como hemos dicho reiteradamente y conforme al artículo 47.2 de la LCSP, este órgano tiene exclusivamente una función revisora de los actos impugnados pudiendo, si los encuentra viciados de nulidad o



anulabilidad, declararlo así y, en su caso, retrotraer las actuaciones al momento en que el vicio se produjo, lo que no puede en ningún caso es sustituir al órgano de contratación en el ejercicio de sus competencias.

En atención a lo expuesto, con estimación parcial de este recurso, debe anularse el acto de exclusión de la entidad recurrente por su disconformidad a Derecho y acordarse la retroacción del procedimiento de contratación al momento inmediato anterior a dicho acuerdo, a fin de otorgar a dicha entidad trámite de subsanación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar en parte el recurso interpuesto por D. J.R.M., en representación de REBOLD MARKETING AND COMMUNICATION, S.L.U., contra su exclusión de la licitación convocada por la Consellería de Presidencia, Función Pública e Igualdad de la Comunidad Autónoma de Illes Balears para contratar el *“Servicio de seguimiento de las noticias relacionadas con el Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears”*, expediente 2021 3448, acordando la retroacción del procedimiento de contratación al momento inmediato anterior al acuerdo de exclusión de dicha entidad, acto que se anula por no resultar conforme a Derecho, a fin de otorgar a esta empresa trámite de subsanación.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 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 del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, 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 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.