



Recurso nº 1660/2021

Resolución nº 1858/2021

Sección 2ª

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

En Madrid, a 16 de diciembre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. P.G.A., en representación de CALAGUA 64, S.L.U., contra su exclusión del procedimiento de contratación del servicio de “*Transporte de agua potable mediante camión cisterna al Valle de Abdalajís (Málaga)*” (Expediente TSA000071589), convocado por la EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA, S.A., S.M.E, M.P. (en adelante, TRAGSA), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El órgano de contratación de TRAGSA convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 9 de octubre de 2021, y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 12 de octubre, licitación para la contratación por el procedimiento abierto del servicio de “*Transporte de agua potable mediante camión cisterna al Valle de Abdalajís (Málaga)*” (Expediente TSA000071589), dividido en cuatro lotes, y con un valor estimado de 1.382.400 euros.

Segundo. Finalizado el plazo de presentación de ofertas, presentaron la suya las siguientes empresas:

- AQUATRANS 2000, S.L.
- CALAGUA 64, S.L.U.
- CISTERNAS MARIA, S.L.
- EXCAVACIONES MONTOSA, S.L.
- SERVICIOS OCON CATALANA, S.L.
- TRANSVITORIA, S.L.



Tercero. Convocada la Mesa de Contratación el día 29 de octubre de 2021, con el objeto de proceder a la apertura y calificación de la documentación administrativa de los licitadores, se constató que la documentación presentada por las licitadoras CALAGUA 64, S. L.U. y SERVICIOS OCON CATALANA, S.L. adolecía defectos subsanables por lo que, con fecha 29 de octubre de 2021, se les concedió hasta el 4 de noviembre de 2021 para su subsanación.

Cuarto. A la vista de las subsanaciones presentadas, la Mesa de Contratación, en sesión de 5 de noviembre de 2021, acordó admitir a SERVICIOS OCON CATALANA, S.L., así como no admitir a la licitación a la empresa CALAGUA 64, S.L.U, por el siguiente motivo, recogido en el acuerdo notificado a la licitadora:

“Capacidad de obrar-capacidad de obrar (no subsanable): no ha contestado adecuadamente al requerimiento de subsanación, no ha identificado al subcontratista, ni presentado DEUC de este y no ha indicado las tareas que serán objeto de subcontratación por lo que no puede determinarse si entran dentro de las consideradas críticas en el pliego”.

Quinto. Abierto el sobre B de las restantes ofertas, el día 5 de noviembre de 2021, la Mesa de Contratación realizó la valoración y puntuación de las mismas, proponiendo la adjudicación de los cuatro lotes al órgano de contratación, sin que se haya aun resuelto la adjudicación del contrato.

Sexto. El 5 de noviembre de 2021, tiene entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Hacienda justificante de presentación del recurso interpuesto por CALAGUA 64, S.L.U., figurando en dicho justificante la siguiente manifestación:

“Resumen/Asunto: ADMISION A LICITACION EXP. TSA00071589 (TRAGSA)

NUESTRA EMPRESA SE HA PRESENTADO A LA LICITACION DE REFERENCIA EN EL ASUNTO, EN COLABORACION CON OTRA ENTIDAD. ERA LA 1ª PRIMERA VEZ QUE LICITABAMOS EN COLABORACION, Y SURGIERON MUCHAS DUDAS, QUE SE HAN IDO PREGUNTADO A TRAVES DE LA PLATAFORMA, PERO LAS RESPUESTAS ERAN ESCUETAS Y NO ACLARABAN NADA. SE HA LLAMADO EN NUMEROSAS OCASIONES PERO TAMPOCO OBTUVIMOS RESPUESTA.



POR LO QUE HEMOS SEGUIDO CON LA LICITACION CON MEDIOS PROPIOS, Y EN CONSECUENCIA NO SE HA PRESENTADO CORRECTAMENTE. FUIMOS ADMITIDOS A LA LICITACION, PERO NOS HAN EXCLUIDO EN LA MESA DE CONTRATACION POR UNA CUESTION DE SOLVENCIA TECNICA, SIN DAR LUGAR A EXPLICACIONES, CUANDO NUESTRA OFERTA, UNA VEZ ABIERTAS LAS DEMAS ERA LA MAS BAJA.

Solicita: LA IMPUGNACION DE LA MESA DE CONTRATACION, Y LA EXPLICACION DE LA NO ADMISIÓN POR LA SOLVENCIA TECNICA”.

Requerido para que subsanara el defecto a fin de aclarar la representación, se aporta, además, otro escrito firmado el 12 de noviembre de 2021, en el que añade, con respecto al presentado 5 de noviembre de 2021, una relación de antecedentes de hecho y cita de numerosas resoluciones de este Tribunal y otros Tribunales Administrativos de Recursos pero, en cuanto a las alegaciones son plenamente coincidentes con las efectuadas en el primer escrito.

Séptimo. El Órgano de Contratación ha remitido al Tribunal el informe previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, que se ha unido al expediente administrativo.

Octavo. Por la Secretaría del Tribunal, se dio traslado el 19 de noviembre de 2021, del recurso interpuesto a los otros licitadores que han participado en la licitación, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimara oportuno, formularan alegaciones, sin haber hecho uso de su derecho.

Noveno. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente 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 por el 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).

FUNDAMENTOS DE DERECHO



Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 47, en relación con la Disposición Adicional Vigésimocuarta de la LCSP, y 22.1.1º del RPERMC.

Segundo. El acto impugnado es susceptible de recurso especial conforme a los artículos 44.2.b) y 44.1.a) de la LCSP, al tratarse de la exclusión de un licitador en un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros.

Tercero. El recurrente está legitimado al haber concurrido a la licitación presentando la correspondiente oferta y haber sido excluido del procedimiento de licitación, por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto en forma y plazo, de conformidad con los artículos 50 y 51 LCSP.

Quinto. Entrando al fondo del asunto, la empresa recurrente impugna la resolución por la que se acuerda su exclusión del procedimiento, considerando que la misma genera indefensión al no estar sustentada en explicación legal alguna, y estar causada por la confusa aplicación del procedimiento de licitación, habiendo tenido que presentar numerosas preguntas al órgano de contratación.

Asimismo, manifiesta que el requerimiento para indicar las tareas objeto de subcontratación fue aportado el día 2 de noviembre de 2021, por lo que la exclusión se encontraría injustificada.

Sexto. El órgano de contratación, en su informe, manifiesta que CALAGUA contestó adecuadamente al requerimiento de subsanación en lo que se refiere a la acreditación de solvencia con medios externos, a la acreditación de la cifra de negocio requerida en el Pliego como solvencia económica (la cual acredita por medios externos a través de AQUATRANS, ya que la cifra de negocio de CALAGUA era manifiestamente insuficiente para poder responder a las exigencias del Pliego).

Ahora bien, señala el órgano de contratación, la recurrente no contestó al requerimiento de subsanación en lo que se refiere a la subcontratación declarada en su DEUC, puesto que ni presentó el DEUC del subcontratista, ni detalló las tareas que serán objeto de



subcontratación, tal y como les fue requerido en subsanación por la Mesa de Contratación, lo que justificó la exclusión.

Séptimo. Para resolver el presente recurso hemos de partir del carácter preceptivo y vinculante de los pliegos tal y como ha venido insistiendo este Tribunal en reiteradas ocasiones (entre otras muchas, Resolución nº 1229/2017, de 29 de diciembre, o la nº 549/2018, de 8 de junio), recordando que los pliegos, tanto el de cláusulas como el de prescripciones técnicas, constituyen la “*lex contractus*”, que vincula tanto al órgano de contratación como a los licitadores, regla que solo quiebra en los casos en los que los pliegos adolezcan de vicios de nulidad de pleno derecho.

De ahí que las proposiciones que no se ajusten a su contenido deben ser excluidas, incluso aunque los pliegos guarden silencio al respecto (por todas, Resoluciones 208/2014, 737/2014, 276/2015, 1020/2016), aunque, ciertamente, hayamos exigido que el incumplimiento del Pliego de prescripciones técnicas por parte de la descripción técnica contenida en la oferta sea expreso y claro (Resolución 985/2015).

Pues bien, en relación con la subcontratación, los Pliegos recogen las siguientes previsiones:

“La celebración de subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

(....)

El contratista principal no podrá subcontratar las tareas consideradas críticas en el Anexo I del presente pliego.”

Por su parte, el Anexo I, apartado N) del PCAP, configura las tareas críticas no subcontratables:



“Tareas críticas no sub contratables: El personal que trabaje en el abastecimiento, en contacto directo con agua de consumo humano, estará vinculado directamente a la empresa adjudicataria”.

Dado que en el DEUC inicialmente presentado por la recurrente indicaba que tenía intención de subcontratar alguna parte del contrato a terceros, pero sin indicar con quién ni qué parte del contrato tenía intención de subcontratar, se solicitó en subsanación a la empresa para que detallara las tareas que serían objeto de subcontratación y que presentara DEUC de la empresa subcontratista, cumplimentado y firmado electrónicamente por el representante legal de dicha empresa.

Además, la recurrente presentó el DEUC de la empresa AQUATRANS 2000, S. L., la cual presentó su oferta de forma separada o individual, habiendo resultado admitida y valorada. Al no aportar en el sobre electrónico A compromiso de constitución de UTE, ni indicar tampoco en su DEUC que licitaban conjuntamente con otra empresa, fue necesario realizar el requerimiento de subsanación.

No habiendo contestado a la cuestión relativa a la subcontratación, previo requerimiento de subsanación, no queda más alternativa que la exclusión, dado que se ha incumplido el contenido de los pliegos, al no ser posible determinar si las tareas a subcontratar se enmarcan o no dentro las calificadas como críticas por el propio órgano de contratación.

Como expresamos en nuestra Resolución nº 1013/2020, de 18 de septiembre, en un recurso similar *“La recurrente, de forma incomprensible, a juicio de este Tribunal lejos de responder expresamente a lo que se le pide, dio la llamada por respuesta, lo que implica, más aun en un procedimiento guiado, una clara voluntad de no atender lo solicitado, lo que situó al órgano de contratación en la obligación de excluir la oferta defectuosa no subsanada por la exclusiva voluntad del licitador requerido, sin que en modo alguno sea admisible que el OC deba considerar lo contrario de lo que significa el silencio reiterado de la recurrente. El silencio no significa ni sí ni no. La recurrente debió responder a lo que se le solicitó, en el sentido que procediese según lo indicado respecto de su oferta inicial sobre plan de certificaciones y completase su oferta técnica inicial con lo omitido según se le solicitaba. Lejos de ello, calló, y no dejó al OC más salida que la determinada en el PCAP, la exclusión de la oferta defectuosa.*



Lógico corolario de lo expuesto, nos ha de conducir a considerar ajustada al PCAP y a la LCSP el acto de exclusión recurrido y a la desestimación del recurso.”

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. P.G.A. en representación de CALAGUA 64, S.L.U., contra su exclusión del procedimiento de contratación del servicio de “*Transporte de agua potable mediante camión cisterna al Valle de Abdalajís (Málaga)*” (Expediente TSA000071589), convocado por la EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA, S.A., S.M.E, M.P.

Segundo. 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 multa prevista en el artículo 58 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 de 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 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.