



Recurso nº 1510/2022

Resolución nº 1611/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 22 de diciembre de 2022

VISTO el recurso interpuesto por D. J. M. V. G. en representación de NETADIA EUROPA, S.L.P., contra la resolución del Órgano de Contratación del Instituto de las Mujeres, por la que se entiende retirada la oferta por parte de la empresa recurrente en el contrato de *“Servicio de apoyo al Instituto de las Mujeres, para el control y la verificación de las operaciones cofinanciadas con el Fondo Social Europeo (FSE), en el marco de los programas operativos 2014-2020”*, convocado por el Instituto de las Mujeres (expediente 22CO0001); este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Aprobado el expediente de contratación para la licitación del contrato del Servicio de apoyo al Instituto de las Mujeres, para el control y la verificación de las operaciones cofinanciadas con el Fondo Social Europeo (FSE), en el marco de los programas operativos 2014-2020, el anuncio de licitación y los pliegos rectores de la licitación por procedimiento abierto fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP) el 1 de mayo de 2022. El valor estimado del contrato se anunció por un total de 212.877 € y la fecha tope para el envío de las proposiciones quedó señalada hasta el 8 de junio de 2022 a las 14:00.

Segundo. Dentro del plazo de presentación de ofertas, se formalizaron las siguientes:

- NETADIA EUROPA, S.L.P.,



- MGI AUDICON & PARTNERS, S.L.,
- OESÍA NETWORKS, S.L. - SAIZ GUZMAN AUDITORES, S.L.P. (UTE),
- PRICEWATERHOUSECOOPERS AUDITORES, S.L.,
- CREATIVIDAD Y TECNOLOGÍA, S.A.,
- FRESNO SERVICIOS SOCIALES, S.L.,
- DELOITTE, S.L. y
- CROWE SERVICIOS DE AUDITORÍA, S.L.

Tercero. El procedimiento abierto para la selección de los contratistas siguió los trámites previstos para la adjudicación de los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada previstos en la vigente 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 Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto. Tras la apertura de los archivos sobre la documentación administrativa fueron admitidas las licitadoras y tras la apertura de las ofertas técnicas y de los criterios objetivos de adjudicación, la mesa de contratación del Instituto de las Mujeres aprobó el siguiente orden de prelación de las ofertas:



Composición del Equipo de trabajo CONSULTOR										
Puntuación Máx. 44 puntos										
	CIF	DENOMINACIÓN SOCIAL	OFERTA ECONÓMICA SIN IVA (€)	OFERTA ECONÓMICA CON IVA (€)	Puntuación OFERTA ECONÓMICA Máx. 46 puntos	Persona coordinadora técnica o responsable. (Experiencia) Máx. 20 puntos	Consultora principal. (Experiencia) Máx. 12 puntos	Consultora adicional. (Experiencia) Máx. 12 puntos	Puntuación Formación adicional para el personal del IMS implicado en la gestión FEIE... Máx. 10 puntos	PUNTUACIÓN TOTAL CRITERIOS FÓRMULAS
1	B91857870	NETADIA EUROPA SLP	99.705,00	120.643,05	46,00	20,00	12,00	12,00	10,00	100,00
2	B95087482-B87883435	OESÍA NETWORKS, S.L. - SAIZ GUZMAN AUDITORES, S.L.P. (UTE)	110.113,85	133.237,76	38,01	20,00	12,00	12,00	10,00	92,01
3	B79104469	DELOITTE, S.L.	120.610,00	145.938,10	29,96	20,00	12,00	12,00	10,00	83,96
4	B79031290	PRICEWATER HOUSECOOPERS AUDITORES	114.050,00	138.000,50	34,99	20,00	12,00	4,00	10,00	80,99



5	A287998 64	CREATIVIDAD Y TECNOLOGÍA, S.A.	125.104, 00	151.375, 84	26,51	20,00	2,00	12,00	10,00	0,51
6	B859456 32	FRESNO SERVICIOS SOCIALES, S.L.	135.709, 13	164.208, 05	18,38	20,00	12,00	12,00	10,00	72,38

Quinto. Aprobada la valoración de los criterios de adjudicación, por los miembros de la Mesa, se acordó proponer, por unanimidad, la adjudicación del contrato a la licitadora NETADIA EUROPA, S.L.P., al haber obtenido la mayor puntuación, y ser considerada la oferta económicamente más ventajosa en relación calidad-precio.

En consecuencia, se acordó requerir a dicha mercantil, para que aportase en el plazo de 10 días hábiles, a través de la PLACSP, la documentación exigida en la cláusula XII del Pliego de Cláusulas Administrativas, conforme con el artículo 150 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Con fecha 18 de julio de 2022, se efectúa requerimiento de documentación a través de la PLACSP, a la licitadora propuesta como adjudicataria NETADIA EUROPA, S.L.P., siendo la fecha final de respuesta el 1 de agosto de 2022, a las 14:00 horas.

Sexto. El 7 de septiembre de 2022, reunidos los miembros de la Mesa, se procedió a valorar la documentación aportada por la licitadora NETADIA EUROPA, S.L.P., en tiempo y forma.

Una vez analizada la documentación aportada por la empresa licitadora NETADIA EUROPA, S.L.P., los miembros de la Mesa acordaron, por unanimidad, requerir a dicha licitadora para que subsanase la documentación y aportase los documentos que a continuación se relacionan:

- Todas las Escrituras relativa al cambio de denominación social (cláusula XII, del Pliego), en copia auténtica, debidamente inscritas en el Registro Mercantil.



- Declaración responsable del licitador manifestando que las circunstancias reflejadas en ROLECE no han variado, a excepción del cambio de denominación. (Anexo 5 del pliego).
- Acreditación de la adscripción de medios materiales o personales (apartado 16 de la Hoja-Resumen del PCAP).

Séptimo. El 19 de septiembre de 2022, se efectúa requerimiento de subsanación de documentación a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, a la licitadora propuesta como adjudicataria NETADIA EUROPA, S.L.P., siendo la fecha final de respuesta el 22 de septiembre de 2022, a las 14:00 horas.

Reunida la mesa de contratación con fecha 27 de septiembre del presente, con el fin de estudiar el informe de la unidad responsable del contrato sobre la documentación presentada por NETADIA EUROPA, S.L.P., en fase de subsanación y a la vista del informe técnico la mesa acuerda la exclusión de la oferta por no acreditar la experiencia del equipo de trabajo y propone la adjudicación del contrato a la siguiente empresa, OESÍA NETWORK, S.L. en UTE con SAIZ GUZMAN AUDITORES, S.L.P.

Octavo. El 20 de octubre de 2022, a través de la PLACSP, se notifica a NETADIA EUROPA SLP, su exclusión del procedimiento, aportándole copia del acta de la Mesa por la que se le excluye y copia del informe técnico mediante el cual se motiva tal decisión. Asimismo, en esa misma fecha, se publica el acta, así como el informe técnico en la PLACSP.

Noveno. Con fecha 11 de noviembre de 2022, la representación de la mercantil NETADIA EUROPA SLP presenta en sede electrónica el presente recurso especial instando la anulación de la Resolución por la que se entiende retirada su oferta, con retroacción del procedimiento al momento de poder volver a acreditar la adscripción de los medios y, por ende, la adjudicación a su favor.

Décimo. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la LCSP, así como 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).



Undécimo. En fecha 18 de noviembre de 2022, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los otros licitadores, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formulase alegaciones, no habiendo éstos ejercido su derecho.

Duodécimo. Por Resolución dictada por la Secretaria General del Tribunal dictada por delegación de éste, con fecha 23 de noviembre de 2022, se acuerda la concesión de la medida cautelar 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. Este Tribunal es competente para conocer del recurso interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 LCSP.

Segundo. La recurrente está legitimada para la impugnación de la resolución por la que se tiene por retirada su oferta (artículo 48 de la LCSP).

Tercero. La resolución impugnada es susceptible de recurso especial en materia de contratación, pues el contrato de servicios supera el valor estimado de 100.000 €, ex artículo 44.1, a) de la LCSP y, se contrae a un acto de trámite cualificado susceptible de enjuiciamiento en esta sede al amparo del artículo 44.2, b) de la LCSP:

“b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.



Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido al efecto en el artículo 50 de la LCSP, habiéndose cumplido también con el resto de formalidades.

Quinto. La representante de la recurrente NETADIA EUROPA, S.L.P., considera en su escrito de formalización del recurso que, primero la propuesta de la mesa y después la resolución del órgano de contratación teniendo por retirada su oferta resulta contraria a Derecho y desproporcionada.

En primer lugar, denuncia la falta de acceso al expediente en su integridad con el fin de comprobar los extremos de adscripción de medios de las licitadoras concurrentes, alegando que se le ha provocado indefensión y, por otro lado, estima que la exclusión de su oferta resulta injustificada con manifiesta vulneración de las prescripciones de los pliegos.

De esta forma, la recurrente expresa que:

“Que, tras los trámites oportunos, el órgano de contratación, ha excluido de la licitación NETADIA EUROPA, S.L.P., por “no haber acreditado suficientemente la experiencia del equipo de trabajo en verificación de operaciones cofinanciadas con el FSE, según los criterios de valoración del Anexo 4, criterios cuantificables automáticamente, criterio 2, en base a la cual se le ha dado la puntuación máxima, considerándose, por tanto, que la empresa NETADIA EUROPA SLP ha incurrido en incumplimiento de los criterios de valoración en base a los cuales fue propuesta como adjudicataria por la Mesa de Contratación”.

Y en cuanto al fondo del asunto, prosigue:

“Esta parte viene a mostrar su desacuerdo con la resolución de exclusión de mi mandante del referido proceso de licitación, resultando procedente la reposición de las actuaciones al momento anterior a la Exclusión de mi representada.

Entiende esta parte que la Resolución de Exclusión es nula por los motivos que se expondrán detalladamente en el presente Recurso, puesto que la oferta presentada por NETADIA se adapta a los exigido en los Pliegos y en ningún momento puede



ser motivo de exclusión, y de no ser aceptado la interpretación que se realiza en relación a la experiencia adicional de los Consultores, esto no puede ser motivo de exclusión, en todo caso sería motivo de “modificación” en la valoración y puntuación de la oferta.

(i) Sobre la experiencia declarada y acreditada de los CONSULTORES ADICIONALES.

Se considera que los consultores adicionales propuestos en la oferta no reúnen la experiencia de más de 6 años que habíamos comprometido en la declaración responsable.

En primer lugar, señalar que el pliego indica como medio de acreditar la experiencia que “En la relación acreditativa se indicarán los importe, fecha y destinatarios públicos o privados de los servicios”,

(...)

Por todo lo expuesto, el órgano de contratación (i) debió de tener en cuenta la totalidad de los certificados aportados, pues éstos cumplen con los requisitos exigidos en los pliegos en cuanto al organismo emisor y en cuanto al objeto de los trabajos como ha quedado acreditado en nuestra exposición y (ii) y debió de calcular los años de experiencia teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde el inicio de los trabajos que se acreditan y hasta la fecha del último de ellos y no sumando los días empleados en los trabajos que se certifican.

(ii) Nueva valoración y puntuación. Incorrecta exclusión.

Tal y como ha apreciado la mesa ha considerado que la no acreditación de la experiencia del equipo de trabajo ha supuesto un incumplimiento de los criterios de valoración y en consecuencia ha procedido a la exclusión de la empresa como propuesta adjudicataria.



Sobre esta cuestión tenemos que manifestar que no estamos de acuerdo con la exclusión porque, como la propia mesa admite, sí se ha acreditado convenientemente la solvencia del equipo básico exigido en el pliego, y la controversia por lo tanto se centra exclusivamente en el equipo adicional, cuya incidencia y afectación alcanza solamente a la puntuación de los criterios automáticos y no a los aspectos relativos a la solvencia”.

En conclusión, explicita que no es motivo de exclusión de su oferta sino en su caso de recalcuro de los criterios de adjudicación y así subraya que:

“Dado que el propio informe señala que queda acreditado, que LA EXPERIENCIA DE LA PERSONA CONSULTORA ADICIONAL, es de 2 años, 2 meses y 70 días, significa que en vez de 12 puntos se le debería de haber otorgado a mi representada 4 puntos, y no haber procedido a puntuar con cero puntos y haber acordado la exclusión.

De tal modo que se hace necesario anular el acuerdo de exclusión, y proceder a realizar una nueva valoración en base a las alegaciones realizadas en el presente recurso, si mi representada cumple los requisitos de solvencia técnica o profesional y cumple las obligaciones específicas (condiciones especiales de ejecución), no debió de ser excluida, puesto que la única cuestión controvertida se basaría en el criterio de adjudicación evaluable de forma automática, relativo a la composición del equipo de trabajo Consultor (consultora adicional) y esto en modo alguno puede ser motivo de exclusión, tal solo, en todo caso, motivo de puntuación distinta. Este “recalcuro” en la puntuación sería totalmente posible puesto que nos encontramos ante un procedimiento de licitación, en el que ÚNICAMENTE se aplican criterios evaluables mediante fórmulas o de forma automática, no existiendo por tanto ningún aspecto sometido a juicio de valor, que pudiera verse condicionado para proceder a su valoración”.

Considera que el acuerdo de exclusión no está motivado y ha de ser anulado, por lo que insta a este Tribunal para que, con estimación del recurso, se ordene retrotraer el

procedimiento al momento en el que fue excluida para que con su inclusión se formule una nueva adjudicación a su favor.

Sexto. Por su parte, el órgano de contratación remite junto con el expediente, un informe datado el 17 de noviembre de 2022 y suscrito por el Secretario General del Instituto de las Mujeres se opone a las pretensiones anulatorias y defiende la legalidad de la exclusión de la recurrente, por no haber acreditado la materialización de adscripción de medios, tal y como exigía el pliego rector de la contratación.

En relación con el acceso al expediente y derecho a conocer la información de la UTE adjudicataria del contrato, el órgano de contratación expone que:

“Es cierto que con fecha 2 de noviembre Netadía solicitó acceso al expediente, especialmente en lo referente a las ofertas del resto de empresas licitadoras y particularmente de las entidades OESÍA NETWORKS, S.L. - SAIZ GUZMAN AUDITORES, S.L.P. (UTE).

OESÍA NETWORKS, S.L. - SAIZ GUZMAN AUDITORES, S.L.P. (UTE) tenía de plazo para enviar la documentación requerida hasta el 4 de noviembre, si bien, la presentaron el día 3 de noviembre. Cuando se revisó la misma se detectó que había dos documentos declarados confidenciales y se realizaron las consultas pertinentes a fin de saber cómo actuar. Nos indicaron que era conveniente solicitar a OESÍA NETWORKS, S.L. - SAIZ GUZMAN AUDITORES, S.L.P. (UTE) que indicase si mantenía la confidencialidad de los dos documentos y así se hizo, con fecha 8 de noviembre. Al percatarnos de que habían pasado unos días desde que se solicitó el acceso al expediente, desde el Instituto se mandó ese mismo día 8 de noviembre, a Netadía, un correo electrónico indicando que en breve se pondría a su disposición los documentos del expediente, de forma electrónica.

El viernes 11 de noviembre de 2022 OESÍA NETWORKS, S.L. - SAIZ GUZMAN AUDITORES, S.L.P. (UTE), contestaron al requerimiento, indicando que mantenían la confidencialidad del documento Doc. 4, relativo al Equipo de Trabajo y levanta la confidencialidad respecto del Doc. 8, relativo al Plan de Igualdad de OESIA Networks, SL.



Tras el fin de semana, el lunes 14 de noviembre, Netadía interpuso recurso especial en materia de contratación.

Nuestra intención era poner a disposición de Netadía la documentación obrante en el expediente, por lo que, con fecha 16 de noviembre de 2022, se ha puesto a su disposición, de forma telemática, a través de la aplicación Almacén, independientemente de que se remita el expediente al Tribunal. No obstante, no podemos dejar de poner de manifiesto que resulta absolutamente innecesaria la vista del expediente para resolver el presente recurso; en efecto, siendo el acto impugnado la exclusión de la recurrente como propuesto adjudicatario por no haber aportado la documentación acreditativa de su oferta requerida conforme al art. 150.2 LCSP, los únicos documentos relevantes para resolver el recurso son la propia documentación de la recurrente, que obra, obviamente en su poder, y las actas de la mesa e informes técnicos en que se fundó el acuerdo de exclusión, de forma y manera que la solicitud de alegaciones complementarias a la vista del expediente sería meramente dilatoria dado que nada aportaría a la resolución del recurso”.

Por lo que concierne al fondo del asunto, esto es, a la auto-exclusión de la oferta de la recurrente en la fase del artículo 150.2 de la LCSP, el informe del órgano de contratación expone que:

“La recurrente no parece tener clara la diferencia de los conceptos de solvencia técnica de la empresa y experiencia profesional de las personas que pretende adscribir a la ejecución del servicio.

No es lo mismo solvencia de la empresa que experiencia del personal que pretenden adscribir a la ejecución del contrato.

En primer lugar, se hace pertinente realizar las siguientes aclaraciones, en virtud de lo establecido en la Hoja Resumen y correspondientes cláusulas del PCAP:

- Solvencia económica, financiera y técnica o profesional: las condiciones mínimas y medios de acreditación de la solvencia técnica exigida en apartado 10.2 de HR,

en virtud de la cláusula IX del PCAP, hace referencia a las condiciones mínimas y medios de acreditación, que debe cumplir la licitadora, es decir, en este caso NETADIA como empresa licitadora. En este sentido se pide la coincidencia con los tres primeros dígitos del código CPV o CPA. Según literalidad del 10.2 HR:

“Por el medio indicado en el apartado a) del artículo 90.1 de la LCSP, el empresario deberá incluir la relación de los principales servicios objeto del contrato, efectuados durante los 3 años inmediatamente anteriores a la finalización del plazo de presentación de ofertas, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato.

El importe mínimo acumulado en el año de mayor actividad, de estos tres años, igual o superior a 74.506,97 €. A efectos de determinar la correspondencia entre los trabajos acreditados y los que constituyen el objeto del contrato, se atenderá a la coincidencia con los tres primeros dígitos del código CPV o del código CPA. “

- Adscripción de medios técnicos y personales (obligaciones específicas): Según lo dispuesto en la cláusula IX del PCAP, la licitadora deberá comprometerse a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios materiales o personales recogidos en el apartado (16) de la Hoja-Resumen y cláusula XX del PCAP. En el apartado 16.1 de HR se establecen los medios personales a disposición de la ejecución del contrato a los que se compromete la licitadora y propuesta adjudicataria, teniendo dicho compromiso carácter de obligación esencial. Por lo que hace referencia a las personas del equipo de trabajo seleccionadas por la licitadora y las condiciones que deben reunir dichas personas. Por tanto, no debe confundirse con las condiciones que debe cumplir la empresa licitadora exigidas en apartado 10.2. Según literalidad del 16.1 de HR:

“Conforme a lo establecido en el artículo 76.2 de la LCSP, en este contrato se exige que el adjudicatario se comprometa a la adscripción de medios contemplados en los siguientes términos:

Medios personales



En línea con el art.125.4 y 5 del Reglamento 1303/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, los trabajos de verificación a los que se refiere este contrato implican cubrir los aspectos administrativos, financieros, técnicos y físicos de las operaciones cofinanciadas para comprobar que los productos y servicios cofinanciados se han entregado y prestado, que el gasto declarado por los beneficiarios ha sido pagado y cumple la legislación aplicable, las condiciones del programa operativo y las condiciones para el apoyo a la operación. Lo anterior justifica que la empresa contratista deba adscribir los siguientes medios personales a la ejecución de este contrato:

1.- Una persona responsable del proyecto, integrante de la empresa contratista, que sea auditora inscrita en el ROAC.

2.-Una persona coordinadora técnica o responsable, integrada en la plantilla de la empresa contratista y con los debidos conocimientos y poderes del contratista para adoptar resoluciones en el momento, velando para que el contrato sea llevado a cabo perfectamente, y que será la interlocutora válida e inmediata con el Organismo.

*3.- Personal consultor encargado de la prestación a jornada completa **de los servicios descritos en el apartado 3 de este Pliego de prescripciones técnicas.** Corresponde a la adjudicataria el dimensionamiento y selección del personal consultor que estará integrado por un mínimo de una persona y un máximo de dos personas.*

*En todo caso, **las personas integrantes del equipo de trabajo habrán de contar con un perfil técnico y experiencia que haga posible la correcta realización de las tareas definidas. En particular, tanto la persona coordinadora como el personal consultor** encargado de los trabajos de consultoría **deberán contar con titulación universitaria y con una experiencia mínima de dos años en verificación de operaciones cofinanciadas con el Fondo Social Europeo.***

El propuesto adjudicatario presentará declaración responsable de compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales y lo acreditará a través



de la presentación de CV y títulos oficiales de las personas integrantes del equipo de trabajo.”

- **Criterios de valoración de las ofertas:** en el apartado 13.1.1 de la HR se establecen la relación de criterios, aplicables al procedimiento concreto, evaluables mediante fórmulas o de forma automática, según lo recogido en cláusulas X y XII del PCAP. Se establecen 3 criterios: 1. oferta económica; 2. Composición del equipo de trabajo consultor; 3. Formación adicional para el personal del organismo implicado en la gestión de FEIE. En cuanto al **criterio de valoración 2**, según literalidad del 13.1.1 de HR:

1.- Persona coordinadora técnica o responsable:

Puntuación según su experiencia en control-verificación de operaciones cofinanciadas con el FSE.

- Más de 2 años hasta 4 años: 4 puntos

- Más de 4 años hasta 6 años: 8 puntos

- Más de 6 años hasta 8 años: 12 puntos

- Más de 8 años hasta 10 años: 16 puntos

- Más de 10 años: 20 puntos.

2.- Personas consultoras asignadas al contrato (Min: 1; Máx: 2).

Puntuación individual por cada persona consultora según su experiencia en control-verificación de operaciones cofinanciadas con el FSE.

1) Consultora principal:

- Más de 2 años hasta 4 años: 4 puntos.

- Más de 4 años hasta 6 años: 8 puntos.



- Más de 6 años: 12 puntos.

2) Consultora adicional:

- Sin experiencia: 0 puntos.

- Hasta 2 años de experiencia: 2 puntos.

- Más de 2 años hasta 4 años: 4 puntos.

- Más de 4 años hasta 6 años: 8 puntos.

- Más de 6 años: 12 puntos”.

La solvencia de la empresa no ha sido puesta en duda por la Mesa de Contratación, y en todo momento han dejado claro que el personal que propone Netadía para la ejecución del contrato cumple con la experiencia mínima exigida en los pliegos, de dos años, pero no dispone de la experiencia de más de seis años que declaró en su oferta”.

Una vez aclarados estos extremos que a juicio del órgano de contratación son confundidos por la recurrente, distinguiendo las diferencias entre los requisitos de solvencia, los criterios de adjudicación y la adscripción de medios personales, a continuación, el informe del órgano de contratación viene a rebatir los argumentos de la impugnante de la siguiente forma:

“1. En base a las aclaraciones realizadas en párrafos anteriores, no debe confundirse ni mezclarse las condiciones mínimas exigidas a la empresa NETADIA como licitadora en relación a su solvencia técnica (10.2 HR), que son condiciones que debe cumplir la empresa como licitadora, con las condiciones específicas de medios personales a adscribir al contrato por la licitadora NETADIA (16.1 HR), que establece condiciones especiales que deben cumplir las personas integrantes del equipo de trabajo designado por la empresa NETADIA.



*Por tanto, independientemente de que la empresa licitadora cumpla la solvencia técnica en función de la coincidencia con el código CPV o del CPA (apartado 10.2 de la HR), **para valorar el cumplimiento de la experiencia exigida a las personas integrantes del equipo de trabajo, se debe estar a lo establecido en la adscripción de medios, apartado 16.1 de la HR.***

2. Se recuerda el requerimiento dirigido a la propuesta adjudicataria de subsanación de documentación, respecto de la acreditación de la adscripción de medios materiales o personales e inscripción en el ROAC (apartado 16 de la Hoja-Resumen del PCAP), en el siguiente sentido:

“Las personas consultoras propuestas por Netadia acreditan tener experiencia en trabajos de auditoría de cuentas de proyectos que tienen cofinanciación, pero no queda suficientemente claro que tengan experiencia en trabajos de verificación de operaciones cofinanciadas por FSE establecidos en el art.125.4 y 5 del Reglamento 1303/2013, que es lo que se solicita en los pliegos (apartado 16.1 de la HR). En consecuencia, deben acreditar la experiencia de los consultores en trabajos, única y exclusivamente, de verificación de operaciones cofinanciadas por FSE establecidos en el art.125.4 y 5 del Reglamento 1303/2013, objeto del presente contrato, en concreto:

- La experiencia mínima de 2 años exigida en la adscripción de medios (16.1 HR).*
- La experiencia indicada en el Anexo 4, del equipo de trabajo, en base a la cual se ha dado la puntuación máxima en los criterios de valoración, en concreto, más de 6 años de experiencia profesional en trabajos de control y verificación de operaciones cofinanciadas con el FSE establecidos en el art.125.4 y 5 del Reglamento 1303/2013, objeto del presente contrato. (13.1.1 HR).*

Asimismo, el Consultor 1, actualmente está contratado a jornada parcial, y el Consultor 2 es trabajador autónomo, sin quedar claro la jornada que dedicarán al servicio objeto del contrato, cuando en el apartado 16.1 de la HR y el apartado 3 del PPT se exige que preste su servicio a jornada completa.”

“En consecuencia, se requiere a la empresa que aporte la siguiente documentación:

1.- Por cada persona consultora, lo siguiente:

- Relación de trabajos realizados, por orden cronológico, indicando: organismo contratante, nombre y objeto del contrato, periodo de ejecución, perfil profesional desarrollado.

- Justificación documental que sustente la relación de trabajos realizados, única y exclusivamente, de verificación de operaciones cofinanciadas por FSE establecidos en el art.125.4 y 5 del Reglamento 1303/2013, pudiendo justificarlo mediante la aportación de certificados de ejecución expedidos por la entidad/organismo (como Organismo Intermedio de FSE) adjudicador del contrato correspondiente, vida laboral, contrato laboral o mercantil, documentación acreditativa de ser socio y tipo de socio, o cualquier otro documento que se estime que pueda acreditar la información solicitada.

2.- Deberán presentar declaración responsable mediante la cual, se comprometa, en caso de resultar adjudicatario del contrato, a que el personal consultor prestará su servicio a jornada completa, conforme a las exigencias señaladas en los pliegos”.

*Tras la revisión y análisis de la totalidad de la documental aportada, respecto de la acreditación de la **adscripción de medios materiales o personales** e inscripción en el ROAC (apartado 16 de la Hoja- Resumen del PCAP) y de la experiencia profesional solo y exclusivamente en trabajos de control y verificación de operaciones cofinanciadas con el FSE establecidos en el art.125.4 y 5 del Reglamento 1303/2013 (objeto del presente contrato), se realiza por la unidad técnica un Informe exhaustivo y motivado de 8 páginas, con análisis detallado de cada certificado de ejecución aportado para acreditar trabajos realizados, y su consecuente valoración en cuanto al cumplimiento de la experiencia profesional exigida por cada persona componente del equipo de trabajo.*

*3. En relación a la **experiencia profesional** exigida tanto a la persona coordinadora como al personal consultor del equipo de trabajo, en la adscripción de medios*



(apartado 16.1 de la HR), como la evaluable en el criterio de valoración del equipo de trabajo (apartado 13.1.1 de la HR), hace referencia a la experiencia profesional en trabajos de control y verificación de operaciones cofinanciadas con el Fondo Social Europeo establecidos en el art.125.4 y 5 del Reglamento 1303/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, (objeto del presente contrato), y que se describen en el apartado 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas.

La experiencia profesional exigida al equipo de trabajo en la adscripción de medios (apartado 16.1 de la HR) así como la experiencia establecida como evaluable en los criterios de valoración (apartado 13.1.1 de la HR), están vinculadas al objeto del presente contrato así como a las necesidades a satisfacer que fundamentan dicho contrato, recogidas en el apartado 1 y 2 de la HR y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, para el adecuado cumplimiento de las obligaciones que tiene este organismo como Organismo Intermedio designado por la Autoridad de Gestión (la Unidad Administradora del Fondo Social Europeo), y que se procede a recordar a continuación:

El Reglamento 1303/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, en su artículo 125, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, regula las funciones y obligaciones de la Autoridad de Gestión, como responsable de la gestión de los programas operativos, entre las que se encuentran, en su apartado 4 y 5, las funciones respecto a la gestión y el control financieros del programa operativo, en concreto, en apartado 4.a), establece que la Autoridad de Gestión verificará que los productos y servicios cofinanciados se han entregado y prestado y que el gasto declarado por los beneficiarios ha sido pagado y cumple la legislación aplicable, las condiciones del programa operativo y las condiciones para el apoyo a la operación y aplicar medidas antifraude eficaces y proporcionadas teniendo en



cuenta los riesgos detectados. En los apartados 5, 6 y 7 del citado artículo, se determina cómo se ha de realizar el proceso de control y verificación. Las obligaciones establecidas en el artículo 125 son aplicables a la gestión de cualquiera de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos (FEIE): Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), Fondo Social Europeo (FSE), Fondo de Cohesión (FC), Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca (FEMP).

El artículo 123.7 del citado Reglamento establece que el Estado miembro o la Autoridad de Gestión podrán confiar la gestión de parte de un Programa Operativo a un Organismo Intermedio mediante un Acuerdo por escrito entre el Organismo Intermedio y el Estado miembro o la Autoridad de Gestión. El Organismo Intermedio deberá proporcionar garantías de su solvencia y su competencia en el ámbito de que se trate, al igual que de su capacidad administrativa y de gestión financiera. Los Organismos Intermedios deben dotarse de los sistemas de gestión, control y verificación que permitan asegurar la ejecución satisfactoria de sus funciones, guardando la debida separación entre las mismas.

El Instituto de las Mujeres es Organismo Intermedio (OI) en el Programa Operativo de Inclusión Social y de la Economía Social 2014-2020, cofinanciado por el Fondo Social Europeo (FSE), designado por Acuerdo de Atribución de Funciones firmado en fecha 13 de julio de 2017 de conformidad con el artículo 123, apartados 6 y 7 del Reglamento (UE) nº 1303/2013, por lo cual éste asume una serie de obligaciones en materia de gestión y control respecto de las actuaciones que lleve a cabo susceptibles de obtener la cofinanciación del FSE en el ámbito del citado Programa. Dichas obligaciones reflejan lo establecido en el Apartado 2.1.3., Anexo III, del Reglamento de Ejecución (UE) nº 1011/2014.

El incumplimiento de las funciones encomiendas al Organismo, así como las deficiencias e irregularidades en los procesos de gestión y control, pueden conllevar graves consecuencias para este Organismo. Así, el artículo 83 del Reglamento establece que, en el caso de la existencia de deficiencias significativas en el funcionamiento de los sistemas de gestión y control, se podrá interrumpir el plazo



del pago al Organismo Intermedio. En el artículo 4.8 del Reglamento se establece que es responsabilidad de todos los participantes gestionar los fondos de acuerdo con el principio de buena gestión financiera, Por tanto, además de que es una obligación del Organismo garantizar procedimientos adecuados para detectar las irregularidades, si este trabajo de verificación no se realiza correctamente o se hace de forma deficiente, se corre el riesgo de que se produzcan irregularidades de gasto, las cuales llevarán a correcciones financieras lo cual acarrea pérdidas financieras de los fondos (art. 143.2. del Reglamento).

Al no contar el organismo con los medios personales suficientes para el adecuado cumplimiento de las funciones encomendadas, se considera justificada y necesaria la contratación de un servicio de apoyo al Organismo en sus funciones de control y verificación de las operaciones cofinanciadas con el Fondo Social Europeo (FSE) del Programa Operativo de Inclusión Social y de la Economía Social 2014-2020. Explicada la importancia del adecuado cumplimiento de estas obligaciones y funciones, se hace necesario que el equipo de trabajo que vaya a prestar el servicio cuente con experiencia específica en la materia objeto del contrato, motivo por el cual (al no existir un CPV más ajustado a estos trabajos) se exige experiencia profesional específica mínima en la adscripción medios y se establece como criterio de valoración la experiencia profesional específica.

Por tanto, acorde con las necesidades reflejadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas y Hoja Resumen del PCAP y vinculado al objeto del contrato, la experiencia mínima exigida en el apartado 16.1 y la experiencia evaluable según criterios de valoración del 13.1.1 de la HR, hace referencia a la experiencia profesional en trabajos de control y verificación de operaciones cofinanciadas con el Fondo Social Europeo (o incluso con cualquier FEIE), establecidos en el art.125.4 y 5 del Reglamento 1303/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, que va más allá de un trabajo de auditoria, con requerimientos y obligaciones específicas y un proceso establecido en el mencionado Reglamento. Por lo que la experiencia profesional exigida en el 16.1 y en el 13.1.1 de la HR, está fundamentada en las exigencias y obligaciones establecidas en el Reglamento (UE) 1303/2013, (especificadas tanto en el PPT como en el PCAP)



y, por tanto, no puede interpretarse ni valorarse desvinculada de lo establecido en dichas necesidades y objeto del propio contrato, para el adecuado cumplimiento de las obligaciones de este Organismo”.

Tras reflejar el contenido del informe técnico evaluador de la adscripción de medios personales ofrecidos por la recurrente, el órgano de contratación concluye solicitando la desestimación de este recurso pues a su juicio, NETADIA no ha acreditado disponer de la documentación que se le requirió de acuerdo con el artículo 150.2 LCSP, en consecuencia, procede su exclusión, por imperativo expreso de la ley, procediendo automáticamente a proponer la adjudicación y recabar la documentación a la empresa clasificada en segundo lugar; es decir la LCSP no contempla en modo alguno la retroacción planteada por la recurrente, consistente en una nueva valoración de todas las ofertas, como es lógico, pues no nos hallamos ante un supuesto de valoración incorrecta, sino ante la falta de aportación de la documentación correspondiente conforme al artículo 150.2 LCSP, que determina automáticamente su exclusión y que se pase al segundo clasificado.

Séptimo. En primer lugar, hemos de evaluar la alegación sobre la eventual infracción del derecho de defensa de la recurrente, al afirmar que no se le ha dado acceso a la totalidad del expediente en los términos solicitados ante el órgano de contratación, el Instituto de las Mujeres.

El acceso al expediente ha de conciliarse con la confidencialidad de las ofertas por mor de lo establecido en el artículo 133 de la LCSP, siendo además tal derecho de configuración legal y de carácter instrumental para garantizar el derecho de defensa de las licitadoras.

Dispone el artículo 29 del RPERMC que:

“1. La puesta de manifiesto del expediente a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento de adjudicación para formular alegaciones, se hará por la Secretaría del Tribunal durante el plazo de cinco días hábiles de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y 105.3 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.



2. Los interesados podrán tomar cuantas notas necesiten para formular sus alegaciones y solicitar copia o certificado de aquellos documentos contenidos en el expediente que sean indispensables para ejercer su derecho de defensa, que se expedirán por la Secretaría siempre que los medios disponibles lo permitan y no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos. La Secretaría no estará obligada a aceptar ninguna solicitud genérica respecto de la expedición de copias.

3. Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones”.

Por su parte, el artículo 52 de la LCSP establece:

“1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá

ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente”.

No obstante, como hemos advertido más arriba estos preceptos han de ser interpretados de forma sistemática con el artículo 133 de la LCSP y por ello, la doctrina de este Tribunal ha aclarado cuanto sigue:

- a) El carácter confidencial de la documentación no puede declararse de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, debiendo venir referida a secretos técnicos o comerciales, como aquella documentación confidencial que comporta una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que, representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado, siendo obligación del licitador que invoca el deber de confidencialidad justificar suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial y al órgano de contratación o entidad contratante decidir de forma motivada (Resolución nº 58/2018, de 19 de enero).
- b) El derecho de acceso se extiende a lo que constituye el expediente, tal y como éste viene definido en el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, no extendiéndose a otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por los licitadores, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada (Resolución nº 732/2016, de 23 de septiembre).
- c) La confidencialidad sólo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros (Resolución nº 393/2016, de 20 de mayo).
- d) En todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es



imprescindible dar vista del expediente a la parte actora más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso o reclamación (Resolución nº 741/2018, de 31 de julio).

Lo cierto es que, con el foco puesto en el sentido de la conciliación entre el derecho de defensa invocado y la confidencialidad de las ofertas, en el presente recurso, no queda acreditada la existencia de una indefensión y prueba de ello es la extensa fundamentación del recurso.

Recordemos que tal y como consta en el expediente, el 2 de noviembre del presente NETADIA solicitó acceso al expediente, en particular, en lo referente a las ofertas del resto de empresas licitadoras y singularmente sobre las entidades OESÍA NETWORKS, S.L. - SAIZ GUZMAN AUDITORES, S.L.P. (UTE), que fue la UTE clasificada en segundo lugar, y, por ende, llamada a la adjudicación del contrato tras la exclusión de la recurrente en la fase del artículo 150.2 de la LCSP. A este respecto, hay que remarcar que lo que impugna la recurrente es el acuerdo de retirada de su oferta y no la posible adjudicación a los licitadores mejor clasificados tras su proposición, por lo que el acceso a las dos ofertas de las empresas citadas no tiene ninguna virtualidad instrumental a efectos de fundamentar el presente recurso.

Por otro lado, tal y como se advierte en el informe del órgano de contratación, OESÍA NETWORKS, S.L. - SAIZ GUZMAN AUDITORES, S.L.P. (UTE) tenía de plazo para enviar la documentación requerida hasta el 4 de noviembre, si bien, la presentaron el día 3 de noviembre.

El órgano de contratación procedió al examen y advirtió que, había dos documentos declarados confidenciales, por lo que se realizaron las consultas pertinentes y en concreto, se debía solicitar a OESÍA NETWORKS, S.L. - SAIZ GUZMAN AUDITORES, S.L.P. (UTE) que indicase si mantenía la confidencialidad de los dos documentos y así se hizo, con fecha 8 de noviembre.

Es más, el Instituto de las Mujeres comunicó el 8 de noviembre, a NETADIA, con el fin de expresarle que en breve se pondría a su disposición los documentos, por vía electrónica.



El viernes 11 de noviembre de 2022 OESÍA NETWORKS, S.L. - SAIZ GUZMAN AUDITORES, S.L.P. (UTE), contestaron al requerimiento, indicando que mantenían la confidencialidad del documento Doc. 4, relativo al Equipo de Trabajo y levanta la confidencialidad respecto del Doc. 8, relativo al Plan de Igualdad de OESIA Networks, SL.

Por último, el 14 de noviembre, NETADIA formalizó el presente recurso especial en materia de contratación, por lo que no tiene viabilidad alguna su argumentación sobre la vulneración del derecho de defensa.

Octavo. En lo que se refiere a la cuestión de fondo, se trata de dilucidar si es conforme a Derecho la decisión recurrida, lo que pasa por determinar si fue atendido correctamente el requerimiento cursado a la recurrente para subsanar la documentación que ex artículo 150.2 LCSP debía como mejor clasificada.

Ciertamente, el artículo 150.2 LCSP dice así:

“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”.

Este Tribunal ha venido admitiendo la subsanación en este trámite, pero sin que las posibilidades de mejora o subsanación puedan ser indefinidas, como pretende ahora la recurrente al instar una segunda posibilidad de acreditar la disponibilidad para la adscripción de los medios personales exigidos en los pliegos.

Recordemos, entre otras, la resolución de este Tribunal nº 978/2021, de 30 de julio de 2021, que con cita de varias resoluciones anteriores ha matizado que:

“Primeramente, hemos de centrarnos en si los defectos advertidos en la documentación del artículo 150.2 de la LCSP son o no subsanables, y dentro de la subsanación sus limitaciones.

Pues bien, sobre si los defectos observados en la documentación aportada por la mejor oferta 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, hemos de traer a colación la Resolución de este Tribunal nº 1074/2019, de 30 de septiembre, en el que reitera que ya 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 nº 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 (TRLCSF) o imponer una penalización del 3% (LCSP), e incurrir en la prohibición de contratar prevista en el artículo 60.2, a), del TRLCSF y precepto correlativo de la LCSP”.

Y esta misma resolución más adelante aclara que:

“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 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 TRLCSF) 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 TRLCSF que hemos expuesto en el apartado 1 anterior, entendemos que es aplicable la Disposición Final Tercera.1, del TRLCSF, 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”.

Al abrigo de esta doctrina, la mesa de contratación del Instituto de las Mujeres ha actuado con absoluto rigor otorgando a la licitadora el plazo de subsanación para acreditar el cumplimiento de la adscripción de los medios personales, empero no puede convertirse este trámite de mejora en una cascada de subsanaciones, sino que, ante tal requerimiento de subsanación ha de ser la licitadora la que ha de actuar con la diligencia debida y dar satisfacción a las exigencias del pliego para acreditar la solvencia técnica.

En fin, la actuación primero de la mesa y, en consecuencia, del órgano de contratación, son conformes a Derecho, pues la no acreditación del compromiso de adscripción de medios personales, ha de acarrear la consecuencia jurídica prevista en el artículo 150.2 de la LCSP, esto es, se tiene por retirada la oferta y la llamada a la segunda licitadora mejor clasificada.

No puede confundirse tal y como pretende ahora la recurrente, los requisitos subjetivos que ha de reunir como empresa (solvensias técnica y profesional) con los requisitos objetivos de su oferta (criterios de adjudicación del contrato) con el compromiso de adscripción de medios personales y materiales necesarios para la ejecución de las prestaciones contractuales y esto último, es lo que ha fallado en esta licitación (artículo 76 de la LCSP).

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 este supuesto y tras el requerimiento de subsanación, el informe de la unidad técnica es claro y suficientemente motivado en torno a la no cumplimentación de este requisito, el de la materialización en esta fase del artículo 150.2 de la LCSP de la disponibilidad del equipo humano necesario para adscribirlo a la ejecución del contrato. De dicho informe técnico se colige que:

“(...) tras el análisis y valoración de cada uno de los certificados aportados, para acreditar la experiencia profesional de cada una de las personas consultoras (principal y adicional), en relación a los certificados 1 a 10 y 12 a 16, se detecta que:

- Acreditan experiencia en trabajos de auditoria de subvenciones y control contable y financiero de cuentas justificativas de gasto de proyectos que tienen cofinanciación. Por lo que no son trabajos de control y verificación de operaciones cofinanciadas con el FSE establecidos en el art.125.4 y 5 del Reglamento 1303/2013, que deben seguir un proceso de control y verificación determinado regulado en el mismo artículo 125.

- Están expedidos por entidades adjudicatarias de subvenciones y por tanto tienen el deber de presentar cuenta justificativa del gasto y auditoria de la subvención, servicio que ha sido prestado por la licitadora según certificados. Dichas entidades no son Organismos intermedios de FSE y, por tanto, no tienen entre sus funciones



la de control y verificación de operaciones cofinanciadas con el FSE establecidos en el art.125.4 y 5 del Reglamento 1303/2013.

- Varios certificados son coincidentes en datos como: número de expediente/agrupación/subvención, periodo de ejecución, importe, costes verificados. Por lo que los trabajos de auditoria acreditados por certificados de diferentes entidades, pudieran formar parte de un mismo proyecto dependiente de una misma entidad u organismo contratante.

*En consecuencia, los certificados arriba numerados **no acreditan suficientemente la experiencia profesional en trabajos de control y verificación de operaciones cofinanciadas con el FSE establecidos en el art.125.4 y 5 del Reglamento 1303/2013 (objeto del presente contrato).** La documentación aportada por parte de la licitadora en respuesta al requerimiento de subsanación, no subsana los aspectos detectados, arriba indicados. Por lo que, los certificados indicados (1 a 10 y 12 a 16) siguen sin acreditar suficientemente la experiencia profesional concreta, por tanto, no han sido tenidos en cuenta en la cuantificación del tiempo de experiencia profesional exigida para el consultor principal ni para el consultor adicional”.*

Por todo ello, procede la desestimación del recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. J. M. V. G. en representación de NETADIA EUROPA, S.L.P., contra la Resolución del Órgano de Contratación del Instituto de las Mujeres, por la que se entiende retirada la oferta por parte de la empresa recurrente en el contrato de “*Servicio de apoyo al Instituto de las Mujeres, para el control y la verificación de las operaciones cofinanciadas con el Fondo Social Europeo (FSE), en el marco de los programas operativos 2014-2020*”, convocado



por el Instituto de las Mujeres (expediente 22CO0001), por resultar dicha exclusión conforme a Derecho.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de licitación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 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 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.