



Recurso nº 208/2023

Resolución nº 416/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 30 de marzo de 2023

VISTO el recurso interpuesto por D. C.S.M., en representación de SP CONSULTORÍA INTEGRADA S.L., contra la resolución de 26 de enero de 2023, de retirada de su proposición, adoptada en el procedimiento de licitación convocado por la Empresa de Transformación Agraria, S.M.E., S.A. (TRAGSA) para contratar el *“Servicio de formación en primeros auxilios, MF0272_2 (40h), vinculado a la obtención de los certificados de profesionalidad “SEAD0411 operaciones de vigilancia y extinción de incendios forestales y apoyo a contingencias en el medio natural y rural” y “SEAD0511 coordinación de operaciones en incendios forestales y apoyo a contingencias en el medio natural y rural” y asociado a la unidad de competencia “UC0272_2 asistir como primer interviniente en caso de accidente o situación de emergencia” destinado al personal de TRAGSA que presta servicio en la extinción de incendios forestales”, expediente TSA0072938, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:*

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. TRAGSA convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público del día 5 de mayo de 2022, la licitación del contrato de servicios arriba descrito.

El valor estimado del contrato asciende a 150.070 euros.

El plazo de ejecución del contrato comenzará el día siguiente al de formalización del mismo y finalizará cuando se haya suscrito de conformidad para TRAGSA el acta de

conformidad de los trabajos. En cualquier caso, el contrato no tendrá una vigencia superior a nueve meses contados desde el día siguiente al de formalización de éste.

Segundo. La licitación se ha desarrollado de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo, LCSP), y demás legislación aplicable en materia de contratación.

Tercero. Tras el desarrollo del procedimiento en todas sus fases, el 6 de octubre de 2022, el órgano de contratación de TRAGSA dictó resolución considerando como mejor oferta, la presentada por la empresa SP CONSULTORÍA INTEGRADA, S.L., solicitándole de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150.2 de la LCSP, en el plazo de diez días hábiles la documentación exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) para la adjudicación del contrato. Formulado por el órgano de contratación requerimiento de subsanación por no presentar esta empresa toda la documentación, y considerándose también que la documentación presentada en esta vía no es suficiente por no presentarse la totalidad de los documentos requeridos, se consideró que la citada mercantil no cumplía con los requisitos especificados en el Pliego, por no acreditar disponer de la solvencia técnica exigida en el mismo.

Por resolución de 26 de enero de 2023, el órgano de contratación de TRAGSA decidió lo siguiente:

“Primero. - Considerar que la empresa SP CONSULTORÍA INTEGRADA, S.L no ha aportado la totalidad de los documentos requeridos en el Pliego de Cláusulas Administrativas para la adjudicación del contrato, tal y como exige el Art. 150.2 de la LCSP.

Segundo. - Considerar que no resultaría aplicable a la empresa SP CONSULTORÍA INTEGRADA, S.L la penalidad exigida en el Art. 150.2 de la LCSP ni las consecuencias que se prevén en la letra a) del apartado 2 del artículo 71 de la LCSP, al no apreciarse que haya mediado dolo, culpa o negligencia por parte de la empresa licitadora, acordando por tanto la devolución de la garantía definitiva constituida.

Tercero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP, requerir al siguiente licitador en el orden de clasificación de ofertas del procedimiento la documentación a que se refiere dicho artículo de la LCSP, siendo, en este caso, el licitador clasificado en tercer lugar, por el precio unitario expresado en su oferta y un importe total estimado de por el precio unitario expresado en su oferta y por un importe total estimado de CIENTO ONCE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO EUROS (111.744,00€) IVA no incluido”.

Frente a esta resolución, interpone la mercantil SP CONSULTORÍA INTEGRADA, S.L., el presente recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la LCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Quinto. De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 23 de febrero de 2023.

Sexto. En fecha 27 de febrero de 2023, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; no constando que ninguno las haya formulado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso especial en materia de contratación corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con el artículo 47.1 LCSP, y ser TRAGSA un poder adjudicador perteneciente al sector público estatal que no tiene la consideración de Administración Pública.

Segundo. La recurrente ostenta la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP para recurrir el acto impugnado por haber sido licitadora en este contrato y haber sido retirada su oferta del procedimiento de contratación.

Tercero. La interposición del recurso ha tenido dentro del plazo legal del artículo 50 de la LCSP, por no haber transcurrido a la fecha de presentación del mismo, los quince días hábiles a contar desde la fecha de notificación de la resolución recurrida.

Cuarto. El recurso se interpone contra un acto susceptible de impugnación por dicho cauce, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a LCSP:

“a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros”.

Se impugna un acto de trámite que presenta las características que conforme al artículo 44.2 b) de la LCSP lo hacen recurrible, y que son: *“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.”.*

Quinto. En cuanto al fondo del recurso se refiere, lo que en él plantea el recurrente es su disconformidad con la resolución recurrida, por entender que sí que debió admitirse la acreditación de su solvencia técnica recurriendo a la capacidad de otras entidades, no obstante haber marcado y declarado en el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) que no iba a acreditar la solvencia con medios externos.

Y es que, según se expone en el recurso, si bien la mercantil marcó esa opción, la de no recurrir a la capacidad de otras entidades para acreditar la solvencia económica y financiera y técnica y profesional, lo que ocurrió es que para ACREDITAR LA SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA y para acreditar la TÉCNICA Y PROFESIONAL era la misma pregunta, y *“por eso se produjo el ‘error’* ya que en su caso la solvencia económica y financiera SI que la iban a acreditar con sus propios medios, como así ha sido, *“mientras que para técnica lo que íbamos a hacer era SUBCONTRATAR”.*

Lo que sobre la cuestión planteada manifiesta TRAGSA en su informe sobre el recurso, es lo siguiente:

“En el expediente de contratación aportado al Tribunal, se puede constatar que la empresa SP presentó en su Sobre electrónico A, tal y como exige el Pliego, la declaración responsable ajustada al formulario de documento europeo único de contratación (Art. 140.1 a) de la LCSP) a efectos de acreditar el cumplimiento de los requisitos previos exigidos en la licitación. (doc. nº 8)

Dicha declaración o ANEXO II de Requisitos Mínimos dispone de un apartado 1.4 en el que se contiene la Acreditación de la Solvencia con Medios Externos.

En dicho apartado, la empresa SP indicó o señaló expresamente que NO recurriría para acreditar la solvencia económica y financiera; y técnica y profesional a la capacidad de otras entidades.

Además, solicitada subsanación a la empresa SP, entre otras cuestiones la relativa a las empresas subcontratistas que designaba, la empresa SP presentó nuevamente su Anexo II, subsanando las cuestiones solicitadas, y en dicho documento presentado en subsanación volvió a indicar o señalar expresamente que NO recurriría para acreditar la solvencia económica y financiera; y técnica y profesional a la capacidad de otras entidades.

Es decir, indubitadamente la empresa recurrente declaró que TODA LA SOLVENCIA presentada por ella y solicitada en el Pliego sería acreditada con medios propios, sin recurrir a la capacidad de otras entidades.

En el recurso presentado, SP alega como principal argumento que, pese a que en dicho Anexo II, señaló dos veces (en la primera presentación y cuando le fue requerido subsanarlo) la opción de NO recurrir a medios externos, el Órgano de Contratación de TRAGSA debiera haber interpretado que ello no era óbice para concluir que la empresa necesitaría hacerlo, basando su argumento en que en el punto 1.5 del mismo Anexo había señalado que subcontrataría a las empresas INNOMAX LEARNING y la FUNDACIÓN MÉDICO RURAL para realizar el servicio, hasta un 95% de los trabajos.

Es más, en el recurso presentado la empresa SP reconoce el error cometido por ella en dicha declaración, imputable según ellos a que la pregunta se formulaba de forma conjunta en el apartado 1.4 tanto para la solvencia económica como para la técnica.

Sin embargo, para este Órgano de Contratación es muy claro que dadas las dos declaraciones responsables presentadas por SP, tanto en el sobre electrónico A como en la fase de subsanación, tanto la solvencia económica como la solvencia técnica declaradas no se acreditaban con medios externos y que por lo tanto no se iba a recurrir a la capacidad de terceros para su acreditación”.

Dada la identidad que existe entre el supuesto planteado en este recurso y el analizado por este Tribunal en la resolución nº 1063/2020, de 5 de octubre, invocada también por TRAGSA en su informe, se considera que procede desestimar el presente recurso, al haberse resuelto en la misma que era conforme a derecho la decisión del órgano de contratación de no adjudicar el contrato a una empresa, que, en la fase de presentación de documentación prevista en el artículo 150.2 de la LCSP, acreditó la solvencia por medios ajenos, cuando en el DEUC había manifestado que la acreditaría por medios propios, considerándose que no era subsanable el error alegado sobre lo declarado.

Esta citada resolución se funda en otra cuya literalidad transcribe, la nº 995/2019, de 6 de septiembre, y en la que se exponía:

“En todo caso la cumplimentación del DEUC con respuestas que no respondían a la verdad de los hechos lo colocó en una posición de ventaja respecto de aquellos que, en su misma situación, los certificaron correctamente, exigiéndoles por ello el cumplimiento de la obligación prevista en el PCAP, cumpliendo tal obligación o siendo excluido por no cumplirla, mientras que la recurrente eludía el cumplimiento de la obligación impuesta en el PCAP, vulnerando con ello los principios de igualdad de trato y no discriminación que presiden la contratación administrativa, conforme a los artículos 1.1 y 132 de la LCSP.

Por ello, no procedía subsanar el vicio, aun aceptando que se produjo por error, en el trámite del artículo 150.2 LCSP, pues era insubsanable, tanto porque no puede corregirse después de completada la fase de valoración, pues la declaración debía presentarse con la oferta conforme al artículo 215.2.a) LCSP, como porque tal subsanación, de admitirse

extemporáneamente una vez propuesta la adjudicación del contrato, vulneraría los principios, no solo contractuales sino constitucionales, de igualdad de trato y no discriminación, respecto de aquellos licitadores que, en idéntica situación de hecho, por haber cumplimentado correctamente el DEUC, a diferencia de la recurrente, cumplieron la obligación del PCAP en tiempo y forma, o fueron excluidos por no cumplirla”.

No se estiman tampoco las alegaciones relativas a la voluntad de subcontratar el 95% del servicio objeto del contrato, que a juicio de la recurrente es una declaración de que la solvencia técnica se iba a acreditar por medios ajenos, concretamente a través de los de las empresas subcontratistas, no obstante haberse señalado en el recuadro la opción NO relativo a acreditar la solvencia por medios externos.

Y es que la recurrente confunde la acreditación de la solvencia técnica con la posibilidad de subcontratación de las prestaciones. Dijimos en la resolución nº 195/2023 de 17 de febrero de 2023:

“De acuerdo con el art. 65 de la LCSP, la solvencia, junto con la capacidad de obrar son los requisitos de aptitud, condición sine qua non, cuyo incumplimiento permite la exclusión del licitador que no cumpla los marcados en el procedimiento de adjudicación. Surge así la solvencia técnica, económica y profesional que se refiere a un conjunto de requisitos de idoneidad que debe poseer cualquier posible contratista para atender el objeto del contrato de una forma adecuada y hace referencia, también, a los medios técnicos y humanos con que se cuenta, la experiencia previa, la competencia técnica y profesional, la habilidad necesaria, la cualificación profesional de su personal.

Se exige a todos los licitadores en la fase de selección del contratista y tiene que tener relación con el objeto del contrato y las especificaciones técnicas incluidas en los pliegos y ser proporcionado al mismo. A este requisito, junto al de solvencia económica y financiera se refiere el art. 74.1 de la LCSP cuando afirma que ‘para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley”.

La subcontratación, por el contrario, tal como está configurada en la LCSP, no es un medio de acreditar la experiencia en la ejecución de contratos de igual o similar naturaleza a los efectos del artículo 90 LCSP, en relación con los artículos 140 y 150.2 (solvencia técnica), sino que atiende a la fase de ejecución del contrato propiamente dicha. De ahí que el artículo 215 LCSP, cuando regula la subcontratación, disponga que:

“1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación...”

La propia declaración de la recurrente cuando propone determinada subcontratación confirma lo que estamos exponiendo al afirmar que *“subcontratará parte de la ejecución del contrato derivado de la presente licitación, en un porcentaje del 95 % de acuerdo con el siguiente detalle:*

-INNOMAX LEARNING S.L (B13575634: FORMACIÓN ONLINE Y CURSO DE RECICLAJE (47,5 %).

-FUNDACIÓN MÉDICO RURAL (g45501780): FORMACIÓN PRÁCTICA CONFORME A UNIDAD “UCO272 2” (47.5 %).”

Resulta evidente que con la proposición efectuada de subcontratación de trabajos de ejecución del contrato no puede entenderse acreditada la solvencia (experiencia en la ejecución de contratos similares) exigida en el pliego y que se le solicitaba expresamente en el trámite del requerimiento del artículo 150.2 LCSP.

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 interpuesto por D. C.S.M., en representación de SP CONSULTORÍA INTEGRADA S.L., contra la resolución de 26 de enero de 2023, de retirada de su proposición, adoptada en el procedimiento de licitación convocado por la Empresa de Transformación Agraria, S.M.E., S.A. (TRAGSA) para contratar el *“Servicio de formación en primeros auxilios, MF0272_2 (40h), vinculado a la obtención de los certificados de profesionalidad “SEAD0411 operaciones de vigilancia y extinción de*

incendios forestales y apoyo a contingencias en el medio natural y rural” y “SEAD0511 coordinación de operaciones en incendios forestales y apoyo a contingencias en el medio natural y rural” y asociado a la unidad de competencia “UC0272_2 asistir como primer interviniente en caso de accidente o situación de emergencia” destinado al personal de TRAGSA que presta servicio en la extinción de incendios forestales”, expediente TSA0072938.

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 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.