

Recurso 235/2024
Resolución 269/2024
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 12 de junio de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PICOESQUINA ARQUITECTURA E INGENIERÍA, S.L.P.**, contra el acuerdo de la mesa de contratación de 27 de junio de 2024, por el que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios para la “Redacción del proyecto básico y de ejecución, dirección de obras, estudio y coordinación de seguridad y salud, para la rehabilitación integral del edificio público de usos múltiples "Vaticano" sito en avda. Ronda (según catastro), c/ Pedro Tapia Espinosa (según padrón municipal), de Macael” (Expte. 991/2023), promovido por el Ayuntamiento de Macael (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 de junio de 2024, se publicó en el perfil de contratante, en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 144.810,44 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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 adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

La mesa de contratación, en la sesión celebrada el día 27 de junio de 2024, acuerda la exclusión de la oferta presentada por la entidad recurrente que participaban en el procedimiento de adjudicación.

SEGUNDO. El mismo 27 de junio de 2024, tuvo entrada en el registro electrónico del Ayuntamiento escrito de recurso denominado de reposición contra el citado acuerdo de exclusión.

Dicho escrito de recurso fue remitido por el órgano de contratación, junto con la documentación necesaria para su tramitación y resolución, teniendo entrada en este Tribunal con fecha 3 de julio de 2024.

El 5 de julio de 2024, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato mediante la resolución MC 78/2024.



Posteriormente, el 31 de marzo de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

En el supuesto examinado, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de una entidad local andaluza, habiendo ésta remitido al Tribunal la documentación necesaria para su resolución sin manifestar que disponga de órgano propio a tales efectos. Por tanto, resulta competente este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de la proposición de la recurrente, en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

Sobre el particular, procede señalar que la recurrente denomina su escrito de recurso de reposición y no de recurso especial en materia de contratación, si bien esta última es la calificación jurídica adecuada y como tal debe tramitarse, de conformidad con lo previsto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), norma de aplicación por remisión del artículo 56.1 de la LCSP, que dispone que: *“El error o la ausencia en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, por lo que procede el recurso especial pese a la calificación jurídica errónea de recurso de reposición que utiliza la recurrente.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, se ha de entender interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.



QUINTO. Actuaciones de la mesa de contratación.

En la sesión correspondiente a la apertura del sobre 1, celebrada el día 27 de junio de 2024, la mesa de contratación ha acordado la exclusión de la entidad recurrente.

El motivo explicitado en dicho acto contiene a la siguiente argumentación:

“No cumplir lo establecido en el punto 6 del PCAP, los requisitos de solvencia que se indiquen a continuación y en unión al Anexo I punto 4, más concretamente el punto 4 c2, deberán concurrir a la fecha de conclusión del plazo de presentación de proposiciones y subsistir en el momento del perfeccionamiento del contrato. No cumple con el equipo profesional exigido.

** Capacidad de Obrar-Capacidad de obrar (Cumple):*

** Empleados * Experiencia * Solvencia Técnica/Económica-Otros * Solvencia Técnica/Económica-Otros (No Subsancable): No cumplir lo establecido en el punto 6 del PCAP, los requisitos de solvencia que se indiquen a continuación y en unión al Anexo I punto 4, más concretamente el punto 4 c2, deberán concurrir a la fecha de conclusión del plazo de presentación de proposiciones y subsistir en el momento del perfeccionamiento del contrato. No cumple con el equipo profesional exigido.”*

El 27 de junio de 2024 interpone el denominado como recurso de alzada potestativo de reposición frente a el acuerdo de exclusión.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), en su Anexo I, apartado 4.c.2, señala respecto de las titulaciones académicas y profesionales del personal técnico encargado directamente de la misma que será:

Como equipo profesional:

“Director del Equipo: Titulación: 1 Graduado/Licenciado en Arquitectura Director: del equipo y responsable de los trabajos, que cuente con al menos 5 años de experiencia en la redacción de proyectos.

Miembros del Equipo: Titulación: 1 Arquitecto técnico/Graduado en Ciencia y tecnología de la Edificación con al menos 3 años de experiencia.

Titulación: 1 Técnico superior especialista con titulación habilitante en Coordinación de Seguridad y Salud con al menos 3 años de experiencia.

Titulación: 1 Licenciado/Graduado en Ingeniería Industrial o equivalente que cuente con al menos 3 años de experiencia.

Titulación: 1 Graduado/Licenciado/a en Arquitectura, con al menos 3 años de experiencia”.

Exigiéndose que *“todos los técnicos requeridos para el Equipo Profesional deberán tener la titulación habilitante para el ejercicio de la profesión regulada”.*

En el anuncio de licitación se especificaba en el apartado *“Requisitos de participación de los licitadores”*, que el número de empleados es 5, de conformidad con el PCAP, y en concreto el Anexo I, apartado 4.c.2).

SEXTO. Fondo del asunto: argumentos de las partes.

1. Argumentos de la recurrente.



Reconoce que para el contrato la mercantil cuenta con los perfiles técnicos requeridos que a su entender son:

“1 Arquitecto,

1 Arquitecto técnico, con diploma de curso de coordinador de seguridad y salud en el sector de la construcción de 200 h, que lo habilita como coordinador de seguridad y salud;

1 ingeniero técnico industrial (en el pliego se exige Licenciado/graduado en ingeniería industrial, en el cuadro al pie de tabla dice “todos los técnicos requeridos para el equipo profesional deberán tener la titulación habilitante para el ejercicio de la profesión regulada”).

Alega que desconoce *“en que punto o perfil técnico adolece o carece de algún criterio la oferta de esta mercantil”* y que, además, no ha recibido comunicaciones previas, en la que se le pidan aclaración o información complementaria que pueda resolver la situación motivo de exclusión, en virtud del artículo 95 de la LCSP.

Aduce además el contenido del artículo 90.4 LCSP, para decir que *“puesto que este expediente de contratación no está sujeto a regulación armonizada”* y entidad recurrente *“fue constituida el 9 de mayo de 2023, se encuentra dentro de los términos del apartado 4 del artículo 90 de la LCSP”*.

Finalmente alega que conforme a determinada información que suministra, y aunque no es objeto expreso de la causa de exclusión alega a favor de que se considera que *“los ingenieros técnicos industriales son EQF-6, es decir, graduados en ingeniería”*. Concluye que dado que *“la entidad mercantil cuenta con un ingeniero técnico industrial, esta mercantil cumple con la solvencia técnica, al pedir los pliegos de la licitación un graduado de ingeniería industrial cuya profesión es la de ingeniero técnico industrial”*.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Expresa que la entidad recurrente no reúne los requisitos técnicos requeridos en el PCAP y recogidos en el anuncio de licitación relativo a que son un total de 5 profesionales empleados; por lo que se considera documentación no subsanable y por tanto excluyente de participación.

En concreto el punto 6 del PCAP, y Anexo punto 4 con relación a los requisitos de solvencia. El punto 4 C2 debía concurrir a la fecha de conclusión del plazo de prestación de proposiciones y subsistir en el momento del perfeccionamiento del contrato.

Manifiesta que el recurso se centra *“en determinar si ha habido o no error en la apreciación del cumplimiento del requisito de admisión sobre solvencia técnica, en cuanto a titulaciones y profesionales del personal técnico encargado directamente de la ejecución del contrato que establece el pliego y el presentado por parte de la oferta licitadora”*.

Asimismo, señala que el PCAP no ha sido recurrido en tiempo y forma y que por tanto el mismo debe *“aplicarse como norma reguladora de la licitación; no procediendo la interpretación del equipo técnico contenido en la oferta excluida que es de 3, justificándolo en que pueden realizar las funciones del resto de equipo, como refiere implícitamente la parte recurrente”*.

Expresa que *“para justificar este hecho, no solo se debe tener la titulación habilitante para el ejercicio de la profesión reglada, sino que se debe cumplir con el número de efectivos requeridos como equipo profesional que es de 5. No sirviendo la interpretación de la parte interesada de que estos 3 técnicos pueden realizar las funciones del*



equipo profesional de 5; puesto que supondría ir contra el principio de igualdad de trato entre licitadores , impidiendo así que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que estas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores , que no son otras que dar cumplimiento al requisito de equipo profesional establecido en el pliego, garantizando así una correcta evaluación de la mesa de contratación”.

Señala que lo “establecido en el punto 6 del PACP y en unión al Anexo I punto 4 , más concretamente el punto 4c2, establece claramente los efectivos con los que debe contar este contrato; no pudiéndose interpretar que es por aplicación del porcentaje de dedicación de cada uno de los profesionales al contrato y respetando el principio de transparencia que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el PCAP, ya que entonces estaríamos disminuyendo el número de componentes del equipo profesional requerido y entraríamos en la controversia del punto anterior, que no cabe, quedando acreditado por el siguiente motivo claro y conciso publicado en el anuncio de licitación de fecha 05/06/2024, en la Plataforma de Contratación del Sector Público” (...).

Finalmente, expresa que la mesa nada argumenta “sobre la habilitación para el ejercicio de la profesión regulada que ha presentado el licitador excluido; pero sí sobre el número total de empleados que establece el PCAP y el anuncio de licitación y es que se requiere como equipo profesional a un total de 5 empleados, y no sirve la interpretación que realiza el licitador de forma subjetiva e implícita de que el equipo se completa por la aplicación del método de determinación los costes de personal que ha servido para determinar el valor estimado del contrato. Pues de este modo desvirtuaría el requisito de admisión de ofertas”.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal. Análisis de los alegatos del recurso.

Sobre la exclusión de la recurrente, debemos observar las cláusulas del PCAP. En este sentido, expresa la cláusula 6.2:

“Para celebrar contratos, las personas licitadoras deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia que se especifican en el Anexo I-punto 4 donde, asimismo, se indicará la documentación requerida para acreditar las mismas.

Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, la persona licitadora podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar. En las mismas condiciones, las personas empresarias que concurran agrupadas en las uniones temporales a que se refiere el artículo 69 de la LCSP, podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal. Cuando una empresa desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al órgano de contratación que va a disponer de los recursos necesarios mediante la presentación a tal efecto del compromiso por escrito de dichas entidades, conforme a lo previsto en la cláusula 10.5.

El órgano de contratación podrá exigir que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por la propia persona licitadora o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma, siempre que así se haya previsto en el Anexo I-punto 4 con indicación de los trabajos a los que se refiera”.



El Anexo I apartado 4.c, punto 2 establece dos medios de acreditación, sin señalar si son alternativos o acumulativos. Expresando al respecto la necesidad de que existan los 5 titulados en el equipo.

Se han ofertado solamente tres.

Del contenido del recurso especial no podemos llegar a la conclusión de que se esté pretendiendo con solo tres titulados cumplir el mínimo establecido en el PCAP establecido como solvencia técnica. Es cierto que el informe 36/2007, de 5 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, señala que los criterios de solvencia *“han de cumplir cinco condiciones:*

- Que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato,*
- Que sean criterios determinados,*
- Que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato,*
- Que se encuentren entre los enumerados en los citados artículos según el contrato de que se trate,*
- Y que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio.”*

En este sentido, el artículo 74.2 de la LCSP se refiere a la proporcionalidad de los criterios de solvencia al disponer que *“Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo”* y es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resolución 205/2015, de 10 de junio) que *“en la elección de los requisitos de solvencia se han de conciliar los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación, con la necesidad de garantizar la buena marcha del contrato a través de adjudicatarios solventes. Es por ello, que el criterio de solvencia escogido por el órgano de contratación ha de estar vinculado al objeto y cuantía del contrato y ser razonablemente necesario para alcanzar el buen fin de éste, sin que tampoco pueda confundirse la discriminación con el hecho de que no todo licitador pueda alcanzar el nivel de solvencia exigido”*.

En este sentido, ya apuntaba el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Resolución 58/2014, de 1 de octubre, que:

“Como este Tribunal estableció en su Acuerdo 9/2014: «En el Derecho en general, y el ordenamiento jurídico de la contratación en particular, el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, alude a la idoneidad de la solvencia o del compromiso de adscripción de medios personales o materiales exigidos para la ejecución de un determinado contrato. Los presupuestos sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad son dos: uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, que podemos denominar de justificación teleológica. El primero, exige que toda medida restrictiva del acceso a un contrato público se encuentre prevista por la ley. Es un presupuesto formal, porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad y garantía de previsibilidad de la actuación de los órganos de contratación de las entidades del sector público.

El segundo presupuesto, de justificación teleológica, es material, porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad e idoneidad de los concretos requisitos de solvencia, o del compromiso de adscripción de medios personales o materiales, la necesidad de gozar de la fuerza suficiente para enfrentarse a los valores representados por los principios básicos de la contratación del sector público, expresamente recogidos en el artículo 1 TRLCSP. El principio de proporcionalidad requiere, en definitiva, que toda limitación de los derechos, de quienes están llamados a concurrir a una licitación pública, tienda a la consecución de fines legítimos, y sea cualitativa y cuantitativamente adecuada”.



En este sentido, la Resolución 122/2020, de 21 de mayo, de este Tribunal afirmaba que *“no hay que olvidar que, si bien el órgano de contratación ha de procurar la adecuada ejecución del contrato a través de adjudicatarios solventes, debe cuidar que la solvencia establecida no sea más de la necesaria para alcanzar ese objetivo, y ello a fin de preservar los principios de libre concurrencia y de igualdad que no deben sufrir merma sin la oportuna y adecuada justificación”*.

A la vista de lo expuesto, y del recurso especial interpuesto, estimamos que la intención del recurrente puede haber sido interpretar el número mínimo de empleados señalado en el anuncio de licitación, y en el Anexo del PCAP, estimando que con 3 era suficiente. El artículo 139 de la LCSP, establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en los pliegos y documentación que rige la licitación y, que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato. Si los pliegos son claros, sin que puedan achacársele dudas interpretativas, hay que cumplir sus exigencias. La claridad exigible al órgano de contratación en la redacción de los Pliegos, se deriva, en esencia, de los principios de igualdad y transparencia. La finalidad de los pliegos, en tanto *lex contractus*, es aportar certeza y seguridad sobre los elementos de la licitación.

En este sentido, la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su Sentencia de 7 de abril de 2016 (asunto C324/14), ha manifestado lo siguiente: *"Así pues, por una parte, los principios de igualdad de trato y de no discriminación obligan a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implican, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. Por otra parte, el objetivo de la obligación de transparencia es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Dicha obligación implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de manera clara, precisa y unívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de noviembre de 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, apartado 44 y jurisprudencia citada)".*

En el mismo sentido, la STJUE de 24 de enero de 2008, cuestión prejudicial planteada por Grecia, Emm. G. Lianakis AE, C-532/06.

No obstante, lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, establece, como excepción a la preclusividad del recurso, las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado solo se manifiesta con posterioridad (sentencia "eVigilo": C-538/13). Con base en esta excepción, este se ha aceptado, con ciertas condiciones, la posibilidad de que, a propósito de la impugnación de la exclusión de un licitador o de la adjudicación del contrato se plantee el llamado "*recurso indirecto*" contra los pliegos, limitándolo a los casos en los que la aplicación de una cláusula de los pliegos permite al órgano de contratación adjudicar el contrato o excluir a un licitador de modo arbitrario, pero no es éste el caso. Cualquier cuestión relativa a la falta de proporcionalidad de los criterios de solvencia debió en su caso ser recurrida en su día, por lo que no puede atisbarse esa discriminación o arbitrariedad, sin perjuicio de que el requisito esté o no fundado (cuestión que tampoco ha quedado suficientemente argumentada en el recurso especial). Si no se cumple ese requisito básico, debe regir el principio general de que los pliegos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma vinculan a la Administración y a los licitadores.



Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PICOESQUINA ARQUITECTURA E INGENIERÍA, S.L.P.**, contra el acuerdo de la mesa de contratación de 27 de junio de 2024, por el que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios para la “Redacción del proyecto básico y de ejecución, dirección de obras, estudio y coordinación de seguridad y salud, para la rehabilitación integral del edificio público de usos múltiples "Vaticano" sito en avda. Ronda (según catastro), c/ Pedro Tapia Espinosa (según padrón municipal), de Macael” (Expte. 991/2023), promovido por el Ayuntamiento de Macael (Almería).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación acordado por Resolución de 5 de julio de 2024.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad ni mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

