



**EB 2022/142**

**Resolución 204/2022, de 28 de diciembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por TEKNEI DIGITAL, S.A.U. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento del archivo de la Mancomunidad y de los archivos municipales de Larrabetzu, Lezama, Loiu, Sondika y Zamudio”, tramitado por la Mancomunidad de Servicios del Txorierri – Txorierriko Zerbitzuen Mankomunitatea.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 26 de agosto de 2022 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por TEKNEI DIGITAL, S.A.U. (en adelante, TEKNEI) contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento del archivo de la Mancomunidad y de los archivos municipales de Larrabetzu, Lezama, Loiu, Sondika y Zamudio”, tramitado por la Mancomunidad de Servicios del Txorierri – Txorierriko Zerbitzuen Mankomunitatea (en adelante, “la Mancomunidad”).

**SEGUNDO:** Con fecha 31 de agosto (reiterada el 8 de septiembre) se solicitó al poder adjudicador el expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de 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). Dicha documentación se recibió los días 12 de septiembre y 6 de octubre.





**TERCERO:** Trasladado el recurso a los interesados el 15 de septiembre, no se han recibido alegaciones.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO: Legitimación y representación**

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de R.A.L.G. que actúa en su nombre.

### **SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial**

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

### **TERCERO: Impugnabilidad del acto**

El artículo 44.2 b) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

### **CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma**

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP, el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

### **QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador**

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Mancomunidad de Servicios del Txorierri tiene la condición de poder adjudicador, concretamente de administración pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



## **SEXTO: Alegaciones del recurso**

Los argumentos del recurso son, en resumen, los siguientes:

- a) Los pliegos, como criterio de solvencia técnica, requerían haber prestado, en los últimos tres años, servicios del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato, que se acreditarán mediante una relación, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% de la anualidad media del contrato sin IVA (53.853,66 euros). TEKNEI presentó un certificado suscrito por el Director General de VISESA (sociedad pública del Gobierno Vasco), cuyo importe anual acumulado máximo en uno de los tres años citados es de 32.430 euros.
  
- b) La Mancomunidad excluyó la oferta de la recurrente por no acreditar la solvencia técnica en el trámite previsto en el artículo 150.2 de la LCSP, entendiéndose que ello supone la retirada de la proposición y que se trata de un defecto insubsanable; asimismo, el poder adjudicador acordó imponer a TEKNEI una penalidad equivalente al importe del 3% del presupuesto base de licitación (IVA excluido) y recabar la documentación correspondiente a la licitadora cuya oferta quedó clasificada en segundo lugar.
  
- c) TEKNEI entiende que debió concedérsele un trámite de subsanación. Alega en su favor el principio antiformalista en la contratación pública y afirma que son subsanables los errores u omisiones si se trata de acreditar datos que ya eran existentes en el momento en el que se presentaron los documentos subsanados y en el momento en el que concluye el plazo de presentación de proposiciones; se alega que, por error, únicamente se justifica, como mayor importe anual de servicios prestados el de 32.430 euros, inferior al solicitado en los pliegos. TEKNEI adjunta un certificado de la sociedad pública IZENPE de 15/7/2022 que acredita un importe que, sumado al aportado inicialmente, sí supera el citado umbral mínimo.



d) Finalmente, se solicita que:

- (i) se declare contraria, no ajustada a derecho y nula la exclusión impugnada y
- (ii) se ordene la retroacción de actuaciones para que se conceda a la recurrente el correspondiente trámite de subsanación.

**SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador**

El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con base en los argumentos siguientes:

- a) El recurrente presentó una relación de servicios prestados con una cifra sustancialmente menor a la requerida en los pliegos, por lo que no era posible adjudicarle el contrato. Se alega que no se trata de que no se haya acreditado la solvencia en modo alguno, sino de que no se alcanza el umbral mínimo exigido ni se expide o visa el certificado por órgano competente, pues se desconoce si el Director General de VISESA lo es.
- b) No se trata de un error de forma ni una omisión en la acreditación; por el contrario, se trata de una documentación que acredita una cifra insuficiente de acuerdo con los pliegos firmes que rigen el procedimiento de adjudicación.
- c) TEKNEI no cuestiona las apreciaciones de la Mesa de Contratación para justificar su exclusión (de hecho, reconoce que no acredita en plazo la solvencia exigida), sino que pretende utilizar el trámite de recurso para aportar la subsanación.
- d) El certificado de IZENPE aportado junto con el recurso pudo entregarse tras el requerimiento del poder adjudicador, ya que el plazo de diez días hábiles concedido a tal efecto estaba en vigor en la fecha de su suscripción, e incluso antes de presentar el recurso especial.



## **OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO**

En síntesis, TEKNEI reclama que su exclusión del procedimiento de adjudicación por no haber acreditado la solvencia técnica exigida en los pliegos en el trámite previsto en el artículo 150.2 de la LCSP (documentación a presentar por el licitador que ha presentado la mejor oferta) es incorrecta. Tanto el poder adjudicador como el recurrente coinciden en la insuficiencia de la documentación inicialmente presentada para acreditar la solvencia técnica, pero discrepan sobre si se trata o no de una irregularidad subsanable, siendo ésta la cuestión que debe resolverse en la presente Resolución.

A la vista de las alegaciones de los interesados y de la documentación que consta en el expediente, a continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO, las cuales concluyen en la estimación del recurso:

- 1) Sobre la posibilidad de subsanación o aclaración de las proposiciones de los licitadores, este Órgano ha venido señalando, entre otras cosas y por lo que interesa al caso, que dicho trámite no puede suponer la reelaboración de la proposición, pues ello es tanto como introducir una fase de negociación en los procedimientos de adjudicación que, como el abierto, lo prohíben (ver, por todas, la Resolución 102/2021, así como el artículo 156.1 de la LCSP). Asimismo, debe respetarse en todo caso la igualdad de trato de los licitadores; en particular, solo deben pedirse las aclaraciones una vez conocidas todas las ofertas (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, de 29/3/2012, asunto C-599/10, ECLI: EU:C:2012:191, apartados 35 y siguientes).
- 2) El artículo 150.2 de la LCSP establece, en síntesis, un trámite previo a la adjudicación del contrato que consiste en requerir al licitador que haya presentado la mejor oferta para que aporte, entre otra, la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 de la misma Ley. A pesar de no estar



expresamente prevista en este precepto ni en otro de la LCSP, este Órgano ha admitido la subsanación o aclaración de los defectos de esta documentación con fundamento en el efecto directo del artículo 56.3 de la Directiva 2014/24/UE. Esta norma permite dicho trámite sin distinguir la fase del procedimiento de adjudicación en la que se produce, salvo que se disponga de otro modo en la legislación nacional y siempre que se proceda de conformidad con los principios de igualdad de trato y transparencia. Consecuentemente, la concesión de la oportunidad de subsanación, si se cumplen estos requisitos, es obligatoria para el poder adjudicador (ver, por ejemplo, la Resolución 138/2020 del OARC / KEAO).

- 3) Estar en posesión de la solvencia técnica exigida en los pliegos (ver el artículo 140.1 a) 2º de la LCSP) es una de las circunstancias que debe acreditarse en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP. Dicho requisito está comprendido en el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), el cual es, resumidamente, una declaración responsable que sirve como prueba preliminar de que el licitador satisface los requisitos de aptitud necesarios para acceder al procedimiento de adjudicación (ver el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE). Según el artículo 141.1 de la LCSP, los órganos de contratación incluirán en el pliego el modelo al que deberá ajustarse la declaración responsable siguiendo el formulario de DEUC (ver el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016 por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación).
- 4) En el caso analizado, TEKNEI cumplimentó el DEUC declarando, en el apartado a) de la Parte IV (titulada “Indicación global relativa a todos los criterios de selección”), que “cumple todos los criterios de selección requeridos”, sin identificar los principales servicios del mismo tipo que los que constituyen el objeto del contrato por ella ejecutados, es decir, sin especificar su descripción, importe, fechas y destinatarios. Esta forma “abreviada” de acreditación solo debe cumplimentarse cuando el poder adjudicador ha indicado en los pliegos o el anuncio que el operador económico puede



acogerse a ella omitiendo cualquier otra sección de la Parte IV (la mencionada acreditación específica figura en el apartado C de la Parte IV, titulada “Capacidad técnica y profesional”). No consta en el expediente dicha indicación y el enlace publicado en el anuncio que figura en la Plataforma de Contratación remite a una versión íntegra del DEUC, pero tampoco consta que, en el procedimiento de adjudicación, el poder adjudicador haya formulado observaciones o reparos a la calificación del documento, ni solicitado su subsanación o aclaración (ver el artículo 141 de la LCSP). Dicha subsanación habría sido posible por la propia naturaleza del DEUC de declaración responsable, sujeta, en todo caso, a verificación posterior mediante el trámite del artículo 150.2 de la LCSP en el caso de que la oferta afectada por ella resulte ser la mejor valorada; asimismo, la circunstancia de que los requisitos de aptitud deban concurrir, en todo caso, en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato (artículo 140.4 de la LCSP) implica que la documentación acreditativa deba referirse a dichas fechas, lo que excluye la posibilidad de subsanaciones fraudulentas contrarias al principio de igualdad de trato (ver, por ejemplo, la Resolución 174/2019 del OARC / KEAO). Es oportuno recordar que no cabe posteriormente reprochar al licitador defectos de su proposición cuando el poder adjudicador no le requirió su subsanación, siendo ésta posible (ver, por todas, la Resolución 24/2020 del OARC / KEAO).

5) Habida cuenta de lo expuesto en los apartados anteriores, este Órgano entiende que el poder adjudicador debió conceder un plazo de subsanación para que el recurrente aportara la documentación acreditativa de la solvencia técnica exigida en los pliegos, teniendo en cuenta lo siguiente:

- (i) La subsanación no equivaldría a una modificación de la oferta, ya que el requisito afectado se refiere a actuaciones previas de la recurrente producidas antes del final del plazo de presentación de proposiciones y no a compromisos u obligaciones contractuales del



licitador, los cuales no se alteran. Consecuentemente, en este caso, no es relevante que la subsanación afecte a un documento formalmente correcto pero insuficiente desde el punto de vista probatorio (lo que, en general, impide dicha subsanación; ver, por todas, la Resolución 54/2018 del OARC / KEAO), ya que dicho límite tiene como finalidad evitar la reelaboración de la oferta, lo que no sucede en este supuesto.

- (ii) De la sentencia del TJUE de 10/10/2013, asunto C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647 (en especial, los apartados 39 a 42) se deduce, en síntesis, que el principio de igualdad de trato no se opone a que un poder adjudicador solicite la subsanación a un licitador de documentos descriptivos de su situación, siempre que el requerimiento se refiera a información o datos cuyo origen anterior respecto a la finalización de dicho plazo sea objetivamente verificable y que los pliegos no sancionen dicha omisión con la pena de exclusión (ver también la Resolución 31/2020 del OARC / KEAO, que cita dicha sentencia). A juicio de este Órgano, esta doctrina, sentada a propósito de una candidatura a un procedimiento restringido que había omitido la presentación del último balance publicado de la empresa, es aplicable al caso analizado.
- (iii) En el concreto caso analizado la verificación de la solvencia declarada en el DEUC se efectúa en la fase del procedimiento regulada en el artículo 150.2 de la LCSP; en ella, todos los licitadores, excepto el que ha presentado la oferta mejor valorada, están apartados de la posibilidad de ser adjudicatarios (al menos, provisionalmente). Por ello, la subsanación no infringiría la igualdad de trato (artículo 1 de la LCSP), ya que faltaría la base para activar este principio, que es otro licitador en la misma situación al que, sin embargo, se le aplica una solución jurídica distinta (dicha situación sí se daría, por ejemplo, si a la recurrente no se le concediera la





oportunidad de subsanación y se excluyera su oferta y, sin embargo, sí se le otorgara, en un caso análogo, al siguiente licitador clasificado en el listado del artículo 150.1 de la LCSP).

- (iv) A la falta de infracción del principio de igualdad de trato y no modificación de la oferta ya indicados cabe añadir que los principios de eficiencia y de oferta económicamente más ventajosa (artículo 1 de la LCSP) y proporcionalidad (artículos 18.1 de la Directiva 2014/24/UE y 4.1 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) aconsejan en este caso una interpretación amplia de la posibilidad de subsanación. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que no admitir la subsanación privaría al poder adjudicador de seleccionar una oferta que, en principio, es la más conveniente para el interés general y obligaría a descartar un licitador que, materialmente, ha ejecutado los servicios que le cualifican como técnicamente solvente.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

## **RESUELVE**

**PRIMERO:** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por TEKNEI DIGITAL, S.A.U. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento del archivo de la Mancomunidad y de los archivos municipales de Larrabetzu, Lezama, Loiu, Sondika y Zamudio”, tramitado por la Mancomunidad de Servicios del Txorierri – Txorierriko Zerbitzuen Mankomunitatea, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones para que se le conceda al recurrente la posibilidad de subsanar la documentación presentada.



**SEGUNDO:** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

**TERCERO:** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

**CUARTO:** Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

**Vitoria-Gasteiz, 2022ko abenduaren 28a**

Vitoria-Gasteiz, 28 de diciembre de 2022