

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº.- 52/2021

RESOLUCIÓN Nº.- 1/2022

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA

En Sevilla, a 21 de enero de 2022.

VISTO el escrito por el que se interpone recurso especial en materia de contratación, por la representación de las mercantiles AZVI, S.A.U. y MARTÍN CASILLAS S.L.U., licitadoras en UTE AZVI -MARTÍN CASILLAS, contra la adjudicación de las "*Obras del Proyecto de Construcción del Metro Ligero del Centro de Sevilla. Tramo: San Bernardo – Centro Nervión*", Expte. 2020/000780, tramitado por el Servicio Administrativo de Tráfico y Transportes del Ayuntamiento de Sevilla, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de junio de 2021 se aprueba el Expediente, gasto y Pliegos para la contratación de las "*Obras del Proyecto de Construcción del Metro Ligero del Centro de Sevilla. Tramo: San Bernardo – Centro Nervión*", Expte 2020/000780, publicándose los días 17 y 18 de junio en la Plataforma de Contratación, los anuncios de licitación y Pliegos.

Habiéndose detectado error en el Anexo I al PCAP, con fecha 25 de junio se resuelve "Rectificar el Anexo I de los Pliegos de cláusulas administrativas particulares del contratación de las obras del Proyecto de Construcción del Metro Ligero del Centro de Sevilla. Tramo: San Bernardo – Centro Nervión de la ciudad de Sevilla", rectificación que afecta a:

.- El Grupo y subgrupo de Clasificación indicados:

Clasificación Administrativa Obligatoria:

Grupo: B... Subgrupo: 2 Categoría:f (RD 1098/2001)

Grupo: B... Subgrupo: 2 Categoría: 6 (RD 773/2015)

Grupo: B... Subgrupo: f Categoría:f (RD 1098/2001)

Grupo: B... Subgrupo: 6 Categoría: 6(RD 773/2015)

Debe decir:

Clasificación Administrativa Obligatoria:

Grupo: B. Subgrupo: 2. Categoría: f. (RD 1098/2001)
Grupo: B. Subgrupo: 2. Categoría: 6. (RD 773/2015)
Grupo: D Subgrupo: 1. Categoría: f. (RD 1098/2001)
Grupo: D Subgrupo: 1. Categoría: 6. (RD 773/2015)

.- la edición del apartado 5.1.B) 12.14 al haberse omitido en algunos párrafos las primeras letras del margen izquierdo.

Aprobada la rectificación, con fecha 28 de junio se publica la anulación de los anuncios, señalándose como motivo "error en la clasificación del contratista", publicándose nuevos anuncios de licitación (30/06/21) y Pliegos (01/07/21) rectificadas.

Con fecha 20 de julio de 2021, se interpone recurso especial en materia de contratación contra el anuncio y Pliegos del expediente referido en el encabezamiento, recibiendo la numeración 33/2021, recurso que fue inadmitido por extemporáneo, dado que los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores/interesados el día en que se publicó el anuncio de Pliegos en el perfil de contratante, el 18 de junio de 2021, y que el recurso no estaba relacionado con su posterior rectificación, sin que de los alegatos del recurso fuera posible apreciar relación entre los motivos esgrimidos y los cambios publicados, toda vez que dichos cambios solo afectaron a la clasificación del contratista, pero no a las cuestiones denunciadas en el recurso, las cuales, al no impugnarse en plazo, adquirieron firmeza resultando ya inatacables

Finalizado el plazo de presentación de ofertas, por la Mesa de Contratación en sesión del 17 de agosto 2021, se toma conocimiento y se asume el informe técnico, en el que, en relación con la documentación correspondiente al Sobre 1 se hace constar la subsanación requerida a OBRASCON HUARTE LAIN, S.A., UTE DRAGADOS, S.A.- HELIOPOL, S.A.U- TECSA EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A. y a la UTE CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMINGUEZ SANDO, S.A- VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. para que presenten documento que indique conforme al apartado 14 del anexo I del PCAP la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización. Asimismo, a la UTE CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMINGUEZ SANDO, S.A- VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A., al señalarse en el documento DEUC que el operador económico se basa en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección, se le requiere escrito firmado por la entidad o entidades que ceden la solvencia, en el que se señale dicha circunstancia debiéndose aportar igualmente DEUC y Anexo IV debidamente cumplimentados por dicha entidad.

Las empresas aportan la documentación solicitada sobre subcontratación y la UTE CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMINGUEZ SANDO, S.A- VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A., además, dos nuevos DEUCS, señalando que no se basan en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección, considerándose efectuadas correctamente las subsanaciones y valorándose como correcta y completa la documentación del Sobre 1 de todas ellas.

Con fecha de 26 de octubre 2021 la Mesa de Contratación procede a la aceptación del informe de valoración de los criterios sujetos a juicios de valor emitido por el Servicio de Proyectos y Obras con fecha 25 de octubre 2021 y a la apertura Sobre 3, determinando instar a los Servicios de la Dirección General de Movilidad, para que procedan al examen

de las ofertas económicas a fin de determinar si existen ofertas anormalmente bajas, procediéndose en este supuesto a requerir a los licitadores para que justifique la oferta, y en caso de que no existan ofertas anormalmente bajas, y previa comprobación de la documentación justificativa de la mayor experiencia general del equipo asignado, emitir el informe correspondiente sobre la valoración de las ofertas de acuerdo con los criterios evaluables automáticamente previstos en los Pliegos.

En sesión de 9 noviembre 2021 la Mesa de Contratación conoce y asume el informe técnico del Servicio de Proyectos y Obras de fecha 8 de noviembre de 2021 sobre anomalía de la baja y propuesta de excusión de la entidad UTE FCC CONSTRUCCIONES SA – JIMENEZ Y CARMONA SA – MAGTEL OPERACIONES SLU.- por no quedar justificada su oferta, así como la valoración de los criterios cuantificables automáticamente y la propuesta de clasificación.

La Mesa de contratación aprueba la siguiente PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN de las ofertas presentadas y admitidas a licitación de acuerdo con el Informe del Servicio de Proyectos y Obras de fecha 8 de noviembre de 2021:

	EMPRESA	FÓRMULAS	M. TÉCNICA	TOTAL
1	(UTE) SANDO – VIAS Y CONSTRUCCIONES SA	58,75	26,50	85,25
2	(UTE) AZVI SAU – MARTIN CASILLAS SLU	51,28	30,40	81,68
3	(UTE) SACYR - MOVICONTEX	50,18	26,45	76,63
4	(UTE) DRAGADOS – HELIOPOL – TECSA	51,56	20,50	72,06
5	OBRASCON - HUARTE - LAIN SA (OHL)	39,08	23,70	62,78
6	(UTE) ACCIONA CONSTRUCCIONES SA - DSV EMPRESA CONSTRUCTORA Y FERROVIARIA SL	39,86	21,90	61,76

Mediante escrito de fecha 10-11-21 la primera clasificada es requerida a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 150 de la LCSP, concediéndole un plazo de 10 días hábiles a contar a partir de la fecha de la notificación. Presentada la documentación y analizada la misma, es requerida nuevamente (escrito de fecha 26-11-21) a fin de proceder a subsanar la documentación presentada, subsanación que se efectúa el 3-12-21, siendo considerada correcta por la unidad tramitadora, emitiéndose informe el 9 de diciembre, en el que se manifiesta que *“Analizada la documentación aportada por la UTE VIAS Y CONSTRUCCIONES - SANDO, se comprueba que cumple con los requisitos exigidos para la solvencia económica y financiera y técnica o profesional en el Anexo I del*

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Asimismo, se comprueba que dispone de los medios personales y materiales exigidos en los Pliegos.”

La Junta de Gobierno de la Ciudad de Sevilla, en sesión celebrada el día 10 de diciembre de 2021 acordó adjudicar el contrato a la entidad UTE VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A-CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMINGUEZ SANDO, S.A.

TERCERO.- Con fecha 13 de diciembre de 2021, se publica en la Plataforma de Contratación el Anuncio de adjudicación del contrato, adjudicación efectuada por acuerdo de la Junta de Gobierno celebrada el día 10 de diciembre anterior, conforme al cual se clasifican “las proposiciones presentadas y no rechazadas atendiendo a los criterios de valoración establecidos en los Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares, por el siguiente orden decreciente:

	EMPRESA	PUNTUACIÓN CRITERIOS CUANTIFICABLES MEDIANTE FÓRMULAS	PUNTUACIÓN CRITERIOS JUICIOS DE VALOR	SUMA
1	(UTE) SANDO – VIAS Y CONSTRUCCIONES SA	58,75	26,50	85,25
2	UTE) AZVI SAU – MARTIN CASILLAS SLU.	51,28	30,40	81,68
3	(UTE) SACYR - MOVICONTEX	50,18	26,45	76,63
4	(UTE) DRAGADOS – HELIOPOL – TECSA	51,56	20,50	72,06
5	OBRASCON - HUARTE - LAIN SA (OHL)	39,08	23,70	62,78
6	(UTE) ACCIONA CONSTRUCCIONES SA - DSV EMPRESA CONSTRUCTORA Y FERROVIARIAIA SL	39,86	21,90	61,76

En el mismo acuerdo se excluye de la “licitación a la empresa UTE FCC CONSTRUCCIONES SA – JIMENEZ Y CARMONA SA – MAGTEL OPERACIONES SLU de acuerdo con lo dispuesto en el informe emitido por el Servicio de Proyectos y Obras de fecha 8 de noviembre de 2021”, y se adjudica el contrato a la UTE CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMINGUEZ-SANDO, S.A- VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A.

El acuerdo incorpora, asimismo, el tenor literal del informe del Servicio de Proyectos y Obras de fecha 25 de octubre de 2021, que le sirve de fundamento.

CUARTO.- Con fecha 30 de diciembre de 2021, se interpone recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación de las “Obras del Proyecto de Construcción del

Metro Ligero del Centro de Sevilla. Tramo: San Bernardo – Centro Nervión, Expte. 2020/000780.

La interposición del recurso y la documentación que lo acompaña fue remitida por el Registro General a la unidad tramitadora del expediente y a este Tribunal con fecha 3 de enero de 2022.

El 13 de enero se remite al Tribunal la documentación y los informes pertinentes por parte de la citada unidad, oponiéndose al recurso. En esa misma fecha, se reciben las alegaciones efectuadas por parte de la adjudicataria, defendiendo la inadmisión por extemporaneidad y, subsidiariamente, la desestimación íntegra del mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y de conformidad con los acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla de 25 de Mayo de 2012, por el que se crea el mismo, el de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y sus normas de funcionamiento, aprobadas por la Junta de Gobierno el 6 de julio de 2018.

Conforme a tales normas, *“Corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla en el ámbito del Ayuntamiento de Sevilla y de las entidades instrumentales del mismo que ostenten la condición de poderes adjudicadores.*

a) Resolver los recursos especiales en materia de contratación regulados en los artículos 44 y siguientes de la Ley 30/2017 de Contratos del Sector Público.

b) Resolver las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación regulados en el artículo 101 y siguientes de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y las cuestiones de nulidad establecidas en el artículo 109 de dicha Ley.

c) Adoptar las decisiones pertinentes sobre las medidas provisionales y cautelares que se hayan solicitado por las personas legitimadas con anterioridad a la interposición de los recursos, reclamaciones a los que se refieren los apartados a y b.

e) Tramitar e informar los recursos previstos en los artículos 46 y 321 de la ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

d) Cualquier otra competencia que le atribuya la normativa de la Unión Europea o la normativa estatal básica.”

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión de los recursos.

En relación al ámbito objetivo, hemos de analizar si han sido interpuestos contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 de la LCSP establece que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condiciónn de poderes adjudicadores:

- 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.*
 - b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.*
 - c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.*
- (...).”*

En su apartado 2, el art. 44 determina las actuaciones recurribles, estableciendo que podrán ser objeto del recurso las siguientes:

“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

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.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.”

En el caso que nos ocupa, el acto recurrido es la adjudicación de un contrato encuadrable en el art. 44.1, siendo en consecuencia susceptible de impugnación en esta vía.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, conforme al artículo 50 de la LCSP, se considera interpuesto en plazo, y, al ser interpuesto por la licitadora clasificada en

segundo lugar, por persona legitimada al efecto, conforme al art. 48, no tratándose como argumenta el adjudicatario, de un contrato asociado al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, aun cuando se financie con Fondos FEDER, por lo que no operan las reglas especiales que para los contratos asociados a dicho Plan se establecen en relación con el Recurso especial en materia de Contratación.

TERCERO.- Entrando ya en el fondo del asunto, el recurso manifiesta una serie *de motivos que se estructuran en seis bloques*, fundamentándose, básicamente, en tres alegaciones básicas, que se expresan al inicio del escrito de interposición (Preliminar), a saber:

1.- Defienden que la oferta de la UTE SANDO-VÍAS debería haber sido excluida por un triple motivo:

a) incompatibilidad de las manifestaciones recogidas en el DEUC sobre integración de la solvencia y voluntad de subcontratar con la documentación aportada a requerimiento de la Mesa de contratación como acreditativa de la solvencia.

b) modificación de la propuesta inicial aprovechando la subsanación del compromiso de adscripción de medios, donde sostienen que se incluyeron nuevos períodos de experiencia general y nuevos medios personales.

c) falta de acreditación de la experiencia general exigida como compromiso de adscripción de medios en relación con el Jefe de Obra, el Especialista en Sistemas Tranviarios y el Topógrafo.

2.- Argumentan que la oferta de la UTE AZVI-MARTÍN CASILLAS no habría sido valorada correctamente, siendo erróneamente minusvalorada, por los siguientes motivos:

a) la oferta económica de la UTE AZVI-MARTÍN CASILLAS debió haber sido valorada con 37,51 puntos y no con 35,28 puntos, ya que se debería haber calculado su puntuación una vez excluida, por temeraria, la UTE FCC-JICAR-MAGTEL OPERACIONES.

b) Defienden una mayor puntuación de la experiencia de su Jefe de Obras, por considerar que hubo de tenerse en cuenta el certificado donde se le identifica como Gerente.

c) Disconformidad con la puntuación de su oferta técnica, alegando que mejoras que se les valoraron a otros licitadores, no se les valoraron, reclamando, en consecuencia una puntuación de 31,9, en lugar de los 30,4 recibidos.

3.- Impugnan la valoración de la oferta de la UTE SANDO-VIAS, que consideran sobrevalorada por los siguientes motivos:

a) Sostienen, sobre la base de sus cálculos, que el Jefe de Obras de la UTE SANDO-VIAS no suma doce (12) años de experiencia adicional, sino 11,75 años.

b) Consideran que el Especialista en Sistemas Tranviarios no puede ser puntuado por haberse aportado una auto-certificación no permitida. Eventualmente, sostienen que la puntuación asignada al mismo debía reducirse a 2 puntos en lugar de cuatro 4, ya que de otro modo, no se podría cumplir el requisito de solvencia

c) Manifiestan su disconformidad con la puntuación del Topógrafo con 3 puntos por considerar que ello impide cumplir el requisito mínimo de experiencia exigido en el compromiso de adscripción de medios.

En virtud de ello, solicitan al Tribunal “dicte resolución estimatoria por la que anule el Acuerdo de adjudicación y: (i) acuerde la exclusión de la oferta de la UTE SANDO-VÍAS y ordene al órgano de contratación retrotraer el procedimiento para proceder a la adjudicación del Contrato a la UTE AZVI-MARTÍN CASILLAS; y (ii), subsidiariamente, Y para el hipotético supuesto, de que no se excluya a UTE SANDO-VIAS por las irregularidades cometidas, ordene retrotraer el procedimiento al momento oportuno para que se proceda a valorar la oferta de la UTE AZVI-MARTÍN CASILLAS con un total de 87,41 puntos y la oferta de la UTE SANDO-VÍAS con un total de 80,50 puntos.”

Comenzamos nuestro análisis por los alegados motivos de exclusión.

Los recurrentes denuncian la incompatibilidad de las manifestaciones recogidas en el DEUC sobre integración de la solvencia y voluntad de subcontratar con la documentación aportada a requerimiento de la Mesa de contratación como acreditativa de la solvencia, tachando de irregularidades:

- la posibilidad de subsanación concedida a la adjudicataria, en relación con el DEUC, manifestándose en el requerimiento que “habiéndose constatado la existencia de defectos subsanables, se le requiere para que, conforme a lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas y dentro del plazo que se indica, presente la documentación que a continuación se enumera, con la advertencia de que de no proceder a la subsanación en el plazo otorgado se entenderá que ha retirado su oferta.

Tras indicar en el documento DEUC que procederá a la subcontratación, deberá presentar documento que indique conforme al apartado 14 del anexo I del PCAP la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

Asimismo, en el documento DEUC de cada empresa se indica que **el operador económico se basa en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección. En este caso, se deberá aportar escrito firmado por la entidad o entidades que cede la solvencia en el que se señale dicha circunstancia debiéndose aportar igualmente DEUC y Anexo IV debidamente cumplimentado por dicha entidad”**

Considera el recurso que “La primera subsanación de 13 de agosto de 2021 nunca se debió producir y justificaría la exclusión de la UTE SANDO-VIAS.

El DEUC presentado por la UTE adjudicataria, a resultas del requerimiento municipal, indicó que no se preveía integrar la solvencia y no incluyó entre los subcontratistas a INGEROP y SENER en el DEUC a cuyas capacidad recurrió, posteriormente, para cumplir con el compromiso de adscripción de medios en relación con el Especialista de sistemas tranviarios.
(...)

La UTE no mencionó que ambas empresas podrían ser subcontratistas de la UTE SANDO- VÍAS cuando lo exigía expresamente la Cl. 14ª del Anexo I del PCAP. Tampoco indicaron que se recurriría a las mismas para integrar la solvencia adicional requerida como compromiso de adscripción de medios, ni se aportó el DEUC de estas empresas (140.1.c LCSP)."

.- la modificación de la propuesta inicial aprovechando la subsanación del compromiso de adscripción de medios, donde sostienen que se incluyeron nuevos períodos de experiencia general y nuevos medios personales, pues falta la acreditación de la experiencia general exigida como compromiso de adscripción de medios en relación con el Jefe de Obra, el Especialista en Sistemas Tranviarios y el Topógrafo.

Defiende el recurso que "El Ayuntamiento de Sevilla permitió a la UTE adjudicataria modificar y ampliar el contenido del Sobre 1 y de la documentación previa por dos veces.

El 13 de agosto de 2021, el Ayuntamiento de Sevilla permitió a la UTE adjudicataria modificar el DEUC.

El 15 de noviembre de 2021, la UTE adjudicataria atendió el requerimiento de acreditación de la solvencia realizado por la Mesa de contratación. La Mesa de contratación requirió su subsanación.

El 3 de diciembre de 2021, la UTE adjudicataria aportó nueva documentación que excede, con mucho, la mera subsanación.

La UTE no subsanó los defectos advertidos sino que "aprovechó" este trámite de subsanación para modificar el compromiso de adscripción de medios del Sobre 1 en relación con la experiencia del Jefe de Obra, el Especialista de Sistemas Tranviarios y el Topógrafo.

Como hemos expuesto en líneas anteriores, a las que nos remitimos en extenso en aras a la brevedad, la subsanación permitió a la UTE adjudicataria:

- Incluir nuevas obras y periodos en la experiencia general y concreta del Jefe de Obra que no figuraban en la aportación inicial de documentación de 15 de noviembre de 2021.
- Incluir nuevas obras y periodos en la experiencia general del Especialista de Sistemas Tranviarios de INGEROP que no figuraban en la aportación inicial de documentación de 15 de noviembre de 2021.
- Incluir un nuevo Especialista de Sistemas Tranviarios perteneciente al Grupo SENER como "Opción 2" cuando ese especialista ni aparecía en el Sobre 3 ni el referido Grupo aparecía en el listado de subcontratistas. Para colmo, no se aportó compromiso del Grupo SENER de aportación de dichos medios limitándose el Grupo SENER a auto-certificar la experiencia del Especialista en Sistemas Tranviarios.
- Incluir nuevas obras y periodos en la experiencia general del Topógrafo que no figuraban en la aportación inicial de documentación de 15 de noviembre de 2021.

Esta indebida subsanación, de conformidad con la doctrina del TACRC, debe conducir a la exclusión de la UTE adjudicataria puesto que es una subsanación no permitida por la normativa de contratación."

En su informe al recurso, el órgano de contratación manifiesta que "Tras la apertura del sobre 1 por parte del Servicio le fue requerido la subsanación al licitador UTE VIAS SANDO en conformidad a lo previsto relativo a la subsanación del punto 10.1 del PCAP" y que "La subsanación fue efectivamente realizada y considerada correcta. Se presentan dos DEUCS nuevos en los que señalan las empresas con las que van a subcontratar y las cantidades a subcontratar y rectifican lo de la solvencia externa señalando que no se van a basar en la capacidad de otras entidades para la solvencia."

Por lo que respecta a la subsanación de la documentación previa a la adjudicación, señala el informe técnico que "En relación con el requerimiento de subsanación realizado a la entidad adjudicataria UTE VIAS SANDO y en conformidad con el punto 10.4 del PCAP que señala:

Si la entidad licitadora propuesta como adjudicataria a la que le fuese requerida la documentación previa a la adjudicación indicada en esta cláusula 10.4, la presentara en el plazo establecido de 10 día hábiles incompleta o con defectos subsanables, se le otorgará plazo de subsanación que sea suficiente.

Le fue requerida que procediera a subsanar. Por lo tanto, consideramos conforme a la documentación administrativa del expediente el requerimiento de subsanación realizado.”

A mayor abundamiento, el informe jurídico remitido al Tribunal, se hace eco de la doctrina del Tribunal Central de Recursos Contractuales sobre la posibilidad de subsanación de la documentación previa a la adjudicación (Artículo 150.2 LCSP) y el rechazo a la interpretación literal, muy rigorista, extrema y muy amplia de su contenido que se venía aplicando, teniendo en cuenta que el precepto debe ser de interpretación restrictiva a la vista de su carácter sancionador, así como la relativa a la naturaleza del compromiso de medios personales o materiales, y a la posibilidad de sustitución de éstos por otros del mismo tipo, requisitos y calidad, defendiendo que *“si en el PCAP se hubiese exigido el compromiso de adscripción y la concreción de las características de los recursos comprometidos sin identificarlos nominativamente, y estos datos fuesen defectuosos, nada hubiera impedido que se requiriese la subsanación. Por el mismo motivo, si el recurso comprometido se hubiese incapacitado, caso de recursos humanos, o se hubiese inutilizado, caso de cosas, no cabría negar la sustitución de uno por otro del mismo tipo y características, sino al contrario, exigirla, ya que se trata de un compromiso de dedicar o adscribir el recurso, lo que se hace con uno o con otro. (...)*

En sus alegaciones al recurso, la adjudicataria defiende que “la UTE recurrente comete un primer error al confundir la solvencia exigible al licitador (artículo 74 de la LCSP), con el compromiso de adscripción de medios personales o materiales, como exigencia adicional pero distinta (artículo 76 de la LCSP).

La distinta consideración de estos conceptos o figuras se refleja en el propio PCAP, en cuyo ANEXO I se incluye, en el apartado 3, todo lo relativo a la Solvencia, que en este caso se acredita con la sola clasificación administrativa que la UTE SANDO-VIAS cumple por sí sola, y no necesita suplir con la integración de clasificación de tercero alguno.

Por el contrario, lo relativo al compromiso de adscripción de medios personales a la ejecución del contrato se incluye en el mismo anexo en un apartado distinto, el 4, separado y diferenciado del de la solvencia, a la que acompaña o complementa, pero no es constitutivo de la misma, como se desprende del propio tenor del artículo 76.2 de la LCSP.

(...)

Por ello, no puede más que rechazarse la afirmación de la UTE recurrente en la que denuncia que la adjudicataria *“tampoco mencionó en el DEUC que integraba solvencia”*, sencillamente porque no lo hacía, ya que cumplía íntegramente con el único elemento de solvencia exigible, que era disponer de la adecuada clasificación profesional.

Adicionalmente, la UTE tampoco tenía que identificar a la empresa INGEROP como subcontratista en el apartado D del DEUC, sencillamente porque ésta en ningún caso intervendría bajo tal condición jurídica en la ejecución del contrato”, argumentando que, en cualquier caso, “la intervención del Especialista en sistemas tranviarios carece de las notas de autonomía y sustantividad propia que exige su consideración como subcontratista”.

Se concluye así, que “En definitiva, no existiendo en este caso subcontratación, como así ha validado el Órgano de Contratación con su admisión de la oferta de la UTE SANDO-VIAS, en ningún caso resultaba exigible que ésta incluyera en el DEUC mención a la empresa a cuya

plantilla pudiera pertenecer el profesional que se adscribiría al Contrato como Especialista de Sistemas Tranviarios.

En cuanto al “El ofrecimiento por la UTE SANDO-VIAS, al tiempo de la presentación de documentación realizada en 3 de diciembre de 2021, de un técnico Especialista de Sistemas Tranviarios alternativo o distinto del inicialmente identificado en su sobre nº 3 no supone una modificación de su oferta, sino que responde a una posibilidad que ha sido validada doctrinalmente.

Debe aclararse que este ofrecimiento de sustitución trae causa, no de que el técnico inicialmente propuesto no poseyera la experiencia general de diecisiete (17) constitutiva de la máxima puntuación, como pretende hacer valer la Recurrente, ya que sí la posee, sino que este no llegó a aportar a la UTE todas las certificaciones de dicha experiencia con el contenido y la forma exigida en los Pliegos.

Ante esta situación, en cuanto ello fue conocido por la UTE SANDO-VIAS, ésta propuso al órgano de contratación la sustitución del técnico inicialmente señalado por una segunda opción, consistente en otro técnico Especialista de Sistemas Tranviarios (J.B.M.), con un perfil equivalente al del sustituido (J.L.C.M.).

Si en un primer momento, en su oferta, la UTE SANDO-VIAS indicó que adscribiría un técnico, Especialista de Sistemas Tranviarios (J.L.C.M.), Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, con diecisiete (17) años de experiencia general total, en 3 de diciembre de 2021, ofreció su sustitución por una segunda opción (J.B.M.), también Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, con diecisiete (17) años de experiencia general total, aportando la acreditación de titulación de ambos y los certificados obrantes también de ambos para constancia de la igualdad de perfiles.

La posibilidad de realizar esta modificación, incluso cuando el perfil del técnico inicial ha sido considerado a efectos de valoración o puntuación técnica, siempre que se haga con un profesional de perfil equivalente, sin que ello consista en una modificación prohibida de la oferta, ha sido confirmada por el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en Resolución núm. 660/2009, de 20 de junio de 2019 (Recurso nº 424/2019)**, en el que se pronuncia sobre un supuesto extraordinariamente análogo al que nos ocupa.

(...) En última instancia, en la documentación presentada en 3 de diciembre de 2021, la UTE SANDO-VIAS ofreció al órgano de contratación la sustitución del medio personal correspondiente al Especialista de Sistemas Tranviarios proveniente de INGEROP por otro de capacidad y experiencia equivalente, certificada por la empresa SENER, posibilidad que como se verá ha sido validada doctrinalmente. En ningún momento en la documentación aportada sobre este técnico se desprende que el mismo forme parte de la plantilla de SENER, sino que puede ser contratado directamente por las empresas constituyentes de la UTE, pasando a integrar sus plantillas.”

A la vista de las manifestaciones realizadas por las partes, ha de comenzar nuestro análisis por la consideración de las posibilidades de subsanación que los recurrentes consideran contrarias a derecho.

La norma y la doctrina distinguen entre las subsanaciones en la documentación administrativa y la subsanación de la oferta técnica o económica, concebida la primera con la mayor amplitud, y siendo excepcional la segunda, distinguiéndose en este caso,

entre simples defectos formales que son subsanables y sustanciales que no pueden ser objeto de dicha subsanación. La razón de que estos defectos sustantivos no sean subsanables reside en que nos hallamos en estos casos de contratos administrativos en procedimientos de concurrencia competitiva, en los que hay que salvaguardar los intereses de todos los participantes, que se verían perjudicados si cumpliendo algunos de ellos escrupulosamente los requisitos materiales para participar, se otorgase a aquellos que no los cumplen una oportunidad de subsanar los defectos o incumplimientos en los requisitos sustantivos en los que incurriesen. Avala la tesis anterior la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo relativa a la subsanación de defectos u omisiones en las proposiciones de los licitadores en un contrato administrativo, que la admite exclusivamente respecto de defectos u omisiones formales, nunca en relación al cumplimiento de requisitos o condiciones de carácter material o sustantivo.

La doctrina viene a ponderar el necesario equilibrio entre los principios de concurrencia y antiformalista, con los de igualdad, *lex contractus* y transparencia en un procedimiento de concurrencia competitiva, como es el procedimiento de contratación, en el que hay que salvaguardar los intereses de todos los participantes, que se verían perjudicados si cumpliendo algunos de ellos escrupulosamente los requisitos establecidos, se otorgase a aquellos que no los cumplen una oportunidad de subsanar los defectos o incumplimientos en los requisitos sustantivos en los que incurriesen.

Nuestra doctrina al respecto, se contiene principalmente en las Resoluciones 42/2019, 2/2021, 7/2021, 14/2021, 18/2021, 19/2021, 20/2021 y 37/2021, en las que venimos distinguiendo entre subsanación de la documentación administrativa del Sobre 1, permitida expresamente por el art. 141.2 LCSP, subsanación/aclaración de ofertas y subsanación de la documentación previa a la adjudicación (150.2 LCSP).

La declaración responsable es un medio por el que el licitador manifiesta en el procedimiento licitatorio que cumple con todos los requisitos exigibles tanto en la LCSP como en los Pliegos de Contratación, considerando éstos últimos la Ley del Contrato o "*Lex Contractus*". Siempre que la mesa de contratación intervenga y observe que la declaración responsable adolece de defectos subsanables, deberá otorgar un plazo al licitador para que los subsane.

En efecto, una vez haya sido presentada la declaración responsable y en los casos en los que se establezca la intervención de mesa de contratación, ésta se ocupará de su revisión y, en el supuesto de que aprecie defectos subsanables, concederá un plazo de tres días al licitador para que los corrija sin posibilidad de que sea directamente excluido por dicha circunstancia (artículo 141.2 de la LCSP).

Esta máxima ha sido trasladada y aplicada en numerosas resoluciones. A modo ilustrativo se cita la Resolución de 5 de octubre de 2020, nº 1051/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que significa al respecto:

"De esta forma, en el supuesto que se analiza la no presentación de la declaración responsable ajustada al formulario de documento europeo único de contratación y la no aportación de la restante documentación general administrativa constituye un defecto formal, que afecta a la acreditación de requisitos existentes y no a la oferta, resultando por ello susceptible de subsanación (...)"

En la misma línea el Tribunal de Madrid, recoge, (Resoluciones 242/2019, 193/2018, 217/16...) que *“nuestro Ordenamiento ha venido distinguiendo entre la subsanación de defectos o errores que afectan a la denominada documentación administrativa y la de aquellos otros que afectan a la formulación de las ofertas. En cuanto a los primeros, la regla ha sido la de la absoluta subsanabilidad aun guardando la debida separación entre las fases del procedimiento (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 2 de julio de 2004 -Roj STS 4703/2004-), en tanto que, para los segundos, la solución ha sido mucho más restrictiva.*

Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP), vigente en lo que no se oponga al TRLCSP, sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado “sensu contrario” vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los defectos que se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014 -Roj SAN 1684/2014-). “

La mencionada Resolución 242/2019 del Tribunal madrileño, ha sido, de hecho, confirmada por el TSJ de Madrid, a través de la ST 612/2020 de 2 de diciembre, en la que el Alto Tribunal desestima el recurso contencioso-administrativo planteado. Señala la Sentencia que *“esta Sala no puede sino compartir los razonamientos del TACP al ajustarse a los criterios aplicables al caso. Efectivamente, en materia contractual las posibilidades de subsanación en la documentación administrativa son más amplias que las de la oferta técnica o económica por su carácter excepcional en la medida que conllevan una ruptura del principio de igualdad entre las empresas licitadoras a la hora de presentar, en unidad de acto, toda la documentación integrante de las ofertas contractuales que, a la postre, habrá de determinar la adjudicación del contrato.*

Y en este sentido son acertadas las referencias del TACP al artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCL 2000, 1380, 2126) , que sí permite la subsanación de la documentación administrativa, y a su artículo 84 sobre rechazo de proposiciones sin contemplar la posibilidad de subsanación respecto de las ofertas económicas o técnicas, diferenciación que asimismo se desprende de lo previsto en artículo 141.2 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, que recoge la subsanación de la declaración responsable que sustituye a la documentación administrativa o de la documentación complementaria, pero sin fijar plazo de subsanación para la documentación relativa a los criterios de adjudicación (artículo 145).”

En la misma línea el Tribunal de Andalucía, Resolución 375/2021, En consonancia con el citado artículo, ha sostenido de manera reiterada en muchas de sus resoluciones el carácter esencialmente subsanable de los defectos u omisiones de la documentación general acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, entre otras, sirvan de ejemplo las Resoluciones 31/2013, de 25 de marzo, 123/2014, de 20 de mayo, 420/2015, de 10 de diciembre, 174/2016, de 27 de julio , 230/2017, de 3 de noviembre, 172/2019, de 23 de mayo y 184/2020, de 1 de junio.

En el caso que nos ocupa, y como expresamente señala el órgano de contratación, la subsanación de los documentos del sobre 1 está prevista en la LCSP y en los pliegos, cuya Cláusula 10.1 dispone que:

10.1.- Recepción y calificación de la documentación.

La Mesa de Contratación calificará la documentación del Sobre nº 1 - Archivo electrónico nº 1. Cuando ésta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días naturales a la licitadora para que los corrija o subsane, bajo apercibimiento de exclusión definitiva si en el plazo concedido no se procede a la subsanación de la documentación. Posteriormente se reunirá la Mesa de

Contratación para adoptar el oportuno acuerdo sobre la admisión definitiva de las personas o entidades licitadoras.

Así pues, como punto de partida, ha de indicarse que, como ya ha manifestado este Tribunal en multitud de ocasiones los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de "*pacta sunt servanda*", y teniendo en cuenta que ni la recurrente ni ninguna del resto de licitadoras impugnaron en su día el contenido de los mismos, necesariamente han de estar ahora a lo establecido en ellos, en particular en lo referido a la subsanación de la documentación exigida en el sobre 1 y sus consecuencias.

El requerimiento de subsanación del DEUC se estima, pues, conforme a derecho, considerándose por el órgano de contratación la corrección de la subsanación efectuada, máxime cuando el propio Anexo I, en relación con los subcontratistas, establece en su Cláusula 14, página 26 que "Los licitadores **SI** deben indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización", y seguidamente en la página siguiente (**ANEXO II DOCUMENTO EUROPEO UNICO DE CONTRATACIÓN (DEUC). MODELO E INSTRUCCIONES PARA SU CUMPLIMENTACIÓN**), indica que "El licitador **no debe** cumplimentar las preguntas de la sección D, relativa a los subcontratistas".

B. PARTES DEL DEUC DE OBLIGADA CUMPLIMENTACIÓN:

Todas las partes del DEUC serán de obligada cumplimentación, a excepción de las indicadas a continuación, que solo lo serán si así se indica.

❖ **PARTE II (Información sobre el operador económico). SECCIÓN D, relativa a los subcontratistas.**

- El licitador **no debe** cumplimentar las preguntas de la sección D, relativa a los subcontratistas.

❖ **PARTE IV (Criterios de selección) (Solvencia y habilitación exigida)**

- El licitador **puede limitarse** a cumplimentar la sección a: Indicación global relativa a todos los criterios de selección de la parte IV del DEUC.

En cuanto a la subsanación de la documentación previa a la adjudicación, art. 150.2 LCSP, la posibilidad de subsanación de la documentación establecida en la Ley por quien ha sido propuesto como adjudicatario es doctrina generalmente aceptada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, las Juntas Consultivas y los órganos encargados de la resolución de recursos y reclamaciones en materia de Contratación.

Frente a la interpretación literal, muy rigorista, extrema y muy amplia del contenido del art. 150.2 de la LCSP, la doctrina actual viene considerando, por el contrario, que debe primar una interpretación restrictiva a la vista de su carácter sancionador, pues otra cosa podría llevar a resultados sumamente extensivos, formalistas, injustos y contrarios a los principios esenciales que han de regir la contratación del Sector Público.

Se observa sí una clara evolución doctrinal, que determina la aplicación de un criterio menos formalista y extensivo del contenido de dicho precepto, acorde con el contenido

literal y su finalidad, que no es otra que resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado, y en este sentido, muchos órganos de contratación prevén en el PCAP la posibilidad de subsanar la omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación de dicho requerimiento.

La técnica de equiparar determinadas conductas a la retirada injustificada de la oferta se limita así, a incumplimientos totales de ciertas obligaciones, y si el requerimiento no se cumple en modo alguno, estaríamos ante incumplimientos de gravedad suficiente para afirmar que se ha retirado la oferta y procede la incautación y ejecución de la garantía provisional, pero no en otro caso, pues el efecto atribuido si se cumple defectuosamente lo requerido, ya no recaería sobre su no cumplimentación sino sobre su cumplimentación defectuosa, supuesto en el que no cabe afirmar retirada alguna de la oferta, y solo cabría, en buena técnica, excluir la oferta por incumplimiento del trámite, efecto gravísimo y perjudicial para el interés público ante una conducta de cumplimiento defectuoso no grave sin que previamente se dé la oportunidad, como se prevé en la Ley 39/2015, de subsanar el defecto u omisión cometido por el interesado en el trámite conferido.

En este sentido, se vienen distinguiendo los supuestos de “incumplimiento total y grave” de la obligación de aportación de documentación al amparo del artículo 150.2 de la LCSP, que comporta la retirada de la oferta, de los supuestos de “cumplimiento defectuoso o imperfecto” de esta obligación, llegando a la conclusión de que la interpretación de la “retirada injustificada de la oferta” se limita a los incumplimientos totales de determinadas obligaciones, admitiendo la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones en la cumplimentación del requerimiento en determinados supuestos haciendo prevalecer el derecho de la empresa propuesta como adjudicataria, entendiéndose que, después de haberse tramitado el procedimiento de licitación para escoger la oferta económicamente más ventajosa, no parece razonable rechazarla por existir algún error o imperfección en la documentación presentada.

Una interpretación “flexible” del artículo 150.2 de la LCSP que permite, en determinados supuestos en que no cabe hablar de un incumplimiento “total y grave” de la obligación de aportación de documentación prevista en dicho precepto, la concesión del trámite de subsanación, sobre todo teniendo en cuenta las graves consecuencias que implica la declaración de tener por retirada la oferta, que produce no solo la falta de adjudicación del contrato a la oferta más beneficiosa económicamente para la Administración sino incluso la imposición de una importante penalidad económica del 3% del presupuesto que debe reservarse tan sólo a los casos graves de incumplimiento voluntario y total de la obligación.

En esta línea, Tribunales de contratos y Juntas Consultivas han configurado una sólida doctrina al respecto de la subsanación, que atribuye el carácter de subsanables a los defectos relativos a la acreditación de requisitos, pero no así al cumplimiento del requisito en cuestión, el cual debe existir en el momento correspondiente.

Este Tribunal se ha pronunciado reiteradamente sobre la cuestión, Resoluciones 1/2013, 25/16 o 4/19, manteniendo que, aunque no se puede establecer una lista exhaustiva de los posibles defectos que deben considerarse subsanables, se consideran de este tipo cuando se refieren a la acreditación del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento. Así mismo, se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido de los

mismos, como elemento acreditativo, exista en el momento en el que se presente y en el momento en el que concluya el plazo de presentación de proposiciones.

Procede pues, a priori, la posibilidad de subsanación de la documentación previa a la adjudicación, siendo a la vista de la documentación aportada en trámite de subsanación, como ha de analizarse si tal subsanación acredita o no el cumplimiento de los requisitos exigidos, por cuanto que sólo a la vista de ella podrá determinarse si se ha tratado de un mero error de falta de inclusión de un documento acreditativo, o de la carencia efectiva de un requisito constitutivo, no subsanable en ese momento procedimental.

Determinada la conformidad a derecho de los requerimientos de subsanación efectuados, procede analizar si, efectivamente, se produce la denunciada “Modificación de la propuesta inicial aprovechando la subsanación del compromiso de adscripción de medios, donde se incluyeron nuevos periodos de experiencia general y nuevos medios personales”, considerándose por los recurrentes que “El 3 de diciembre de 2021, y en respuesta al requerimiento de subsanación formulado por el órgano de contratación, **la UTE SANDO-VÍAS presentó nuevo compromiso de adscripción de medios que alteraba sustancialmente el compromiso de adscripción de medios presentado el 15 de noviembre.** Esta circunstancia, según acreditaremos a continuación, es causa de exclusión de la UTE adjudicataria.

La UTE no subsanó los defectos advertidos sino que “aprovechó” este trámite de subsanación para modificar el compromiso de adscripción de medios del Sobre 1 en relación con la experiencia del Jefe de Obra, el Especialista de Sistemas Tranviarios y el Topógrafo.”

Defienden, así que “Esta indebida subsanación, de conformidad con la doctrina del TACRC, debe conducir a la exclusión de la UTE adjudicataria puesto que es una subsanación no permitida por la normativa de contratación. En palabras del TACRC en su Resolución 1341/2019, de 25 de noviembre:

“Dicho esto, la subsanación de la falta de documentación acreditativa del cumplimiento de un requisito exigible a los licitadores, y no la subsanación de la propia existencia del requisito en el momento en que era exigible, es una posibilidad perfectamente admitida tanto por la doctrina de este Tribunal al que tenemos el honor de dirigirnos, como de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

La mera no presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos mínimos no puede ser causa de exclusión, sino que la exclusión únicamente podrá decretarse en caso de que el licitador no acredite efectivamente que cumple y cumplía tales requisitos en el momento de presentación de la oferta, ya sea mediante la documentación aportada en la oferta o en el trámite de subsanación que necesariamente habrá de conceder el Órgano de Contratación al advertir el error, al no tratarse de una facultad discrecional de éste”.

La doctrina del TARCR no permite la subsanación cuando el licitador pretende acreditar el cumplimiento de un requisito que no concurría en el momento de presentación de la oferta.

En el mismo sentido, Resolución del TACRC 605/2020, de 14 de mayo de 2020:

“Así las cosas, no resulta ocioso recordar la doctrina asentada por este Tribunal en relación con la distinción entre defectos subsanables e insubsanables. Así, entre otras, la Resolución núm. 201/2020, que se remite a su vez a las Resoluciones núm. 297/2012, y 675/2019, señala que:

“En este sentido, como expresábamos en nuestra resolución 193/2012, dictada en expediente 158/2012, la cuestión del carácter subsanable o no, de los defectos de las ofertas apreciados por la Mesa, y su aplicación en supuestos particulares planteados en la práctica administrativa, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (SSTS de 23/09/11, de 16/12/2004, entre otras) pudiendo sistematizarse las principales conclusiones de la doctrina jurisprudencial y administrativa de la siguiente manera: i) Ante todo se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del RGLCAP (EDL 2001/34761), conforme al cual: Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del Órgano de Contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o

subsanen ante la propia mesa de contratación. **ii) En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables**, con base en el artículo reglamentario citado, **como criterio general orientativo** y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables-**se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos** (en este sentido cabe citar el Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere los defectos u omisiones subsanables a la documentación presentada, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de la que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación. iii) Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP (EDL 2017/226876), la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (en este sentido, Resolución de este Tribunal núm. 64/2012)".

La UTE adjudicataria no subsanó defecto alguno en el trámite de subsanación concedido por el órgano de contratación sino que utilizó dicho trámite para modificar –y ampliar- el compromiso de adscripción de medios del Sobre 1.

Se concluye así que la UTE adjudicataria no acreditó la experiencia general y concreta de su Jefe de Obra, Especialista Tranviario y Topógrafo, porque son las mismas obras que fueron aportadas en el Sobre 3 de la UTE SANDO-VIAS, postulando que “debe ser excluida de la licitación por incumplimiento de la solvencia técnica requerida en los Pliegos.
(...)

Tras este flagrante incumplimiento del requisito de solvencia técnica de la UTE adjudicataria, el órgano de contratación, en lugar de excluir a la UTE, le requirió indebidamente la subsanación.

Así, el 3 de diciembre de 2021, la UTE SANDO-VÍAS presenta nuevo compromiso de adscripción de medios (documento nº 10). Sorprendentemente, ahora la UTE ya no señala que su Jefe de Obras dispone de 10 años de experiencia general sino que señala 22 años de experiencia ...”

Conforme al Anexo I del PCAP, Cláusulas 3.2 y 3.3, la solvencia económica y financiera, y técnico o profesional, se acreditará mediante la presentación del certificado de correspondiente clasificación administrativa, expedido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, acompañado de una declaración sobre su vigencia y de las circunstancias que sirvieron de base para la obtención de la misma.

Conforme a las posibilidades que la Ley permite, (Art.76 de la LCSP), la Cláusula 4 del Anexo, recoge el COMPROMISO DE DEDICACIÓN DE MEDIOS PERSONALES/MATERIALES A LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, estableciendo la relación de medios personales mínimos, definidos en función de la titulación y experiencia, con sus respectivos requisitos, sin determinar que haya de incluirse relación nominal alguna.

“Conforme la cláusula 9.2.1.E) de los PCAP, deberá incluirse en el Archivo electrónico - Sobre 1 compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello (artículo 76. 2 de la LCSP).

Documentación a presentar: ANEXO V. Declaración responsable

Acreditación: en relación con los medios humanos la entidad licitadora propuesta como adjudicataria se le requerirá la siguiente documentación justificativa de disponer efectivamente de los medios a que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato (Clausula 10. 4. a) 6 de los PCAP,):

– De la titulación exigida: Títulos académicos.

– De la experiencia: Certificados de empresas públicas o privadas en los que conste:

- la participación (en tiempo real efectivo) de la persona en un trabajo concreto indicando cual sea éste

- en calidad de que se ha realizado la participación.

- la duración del proyecto.

.

- Es obligación esencial: SI

- Consecuencias de su incumplimiento:

Se configura como obligación esencial a los efectos del artículo 211. f) de la LCSP, procediendo en caso de incumplimiento la resolución del contrato.

En su Cláusula 6, el Anexo I regula los CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN, estableciendo, entre los criterios automáticos CRITERIOS DE CALIDAD (1.2), con una puntuación de hasta 15 puntos, y que se define como “Mayor Experiencia General del personal asignado del requerido **como mínimo** según lo establecido en la cláusula 4 relativa al compromiso de adscripción. Se valorará la mayor experiencia general acreditada en obras con las características del cargo designado, sobre lo mínimo exigido en la cláusula nº 4.”

Señala el Anexo que “Para el cálculo de experiencia general, sólo se considerarán válidas las obras en las que el técnico u operario haya ejercido el mismo cargo, o categoría exigido para la obra en licitación.

Con la aportación de la Experiencia general se pretende conocer la vida laboral del medio humano. Por lo tanto, deben incluirse la totalidad de los trabajos desempeñados (con el mismo cargo), independientemente de la obra.”

Como hemos tenido ocasión de analizar en ocasiones anteriores (Véanse las Resoluciones 17/2019 y 28/2019, a efectos prácticos, ha de tenerse en cuenta que la solvencia, el compromiso de adscripción de medios, como concreción de solvencia, y en consecuencia, requisito de selección de licitadores, y los criterios de adjudicación, como medio de valoración y selección de ofertas son conceptos diferentes

Como señalábamos en nuestra Resolución 28/2019, la adscripción de medios como concreción de solvencia que es, se configura legalmente como requisito de admisión, y como tal, su acreditación se efectuará a posteriori, siguiendo la línea de flexibilización y agilidad iniciada por la Ley 14/2013, que modificó el artículo 146 del TRLCSP. La falta de acreditación de la disposición de los mismos llevará aparejada las consecuencias previstas en el art. 150.2, que en su caso procedan.

Ahora bien, el compromiso de adscripción de medios del artículo 76 de la LCSP no puede confundirse con la solvencia técnica o profesional, que ha de poseerse en el momento de licitar. En caso de exigencia de adscripción de medios, los licitadores sólo están obligados a incluir en su documentación un compromiso de adscripción, una declaración de que, en caso de resultar adjudicatario adscribirá a la ejecución del contrato los medios exigidos. La acreditación de esa disposición se exigirá únicamente al licitador que, por haber presentado la oferta más ventajosa, vaya a ser adjudicatario, conforme a lo dispuesto en el art. 150.2 LCSP, el cual con carácter previo a la adjudicación, acreditará que dispone de tales medios en ese momento procedimental, no siendo necesario que dispusiere de ellos en el momento de licitar.

En relación con la adscripción de medios, el requisito inicial es pues, presentar el compromiso, no disponer de los medios en el momento de concurrir, ni acreditar dicha disposición.

El artículo 76.2 de la LCSP permite que los órganos de contratación puedan exigir a los licitadores que, además de acreditar su solvencia o clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios materiales o personales suficientes para ello, configurando una obligación adicional de proporcionar a la ejecución del contrato unos medios, materiales o personales, concretos, de entre aquéllos que sirvieron para declarar al empresario apto para contratar con la Administración. Ahora bien, esta concreción de las condiciones de solvencia no puede confundirse con la solvencia profesional o técnica, pues la solvencia es un requisito de admisión, de carácter eliminatorio y no valorativo, de modo que quienes no cumplan los requisitos exigidos son excluidos de la licitación. En cambio, el artículo 76.2 de la LCSP sólo exige que los licitadores presenten un compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de determinados medios materiales o personales, cuya materialización sólo debe exigirse al que resulte primer clasificado en la licitación del contrato.

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 LCSP, por lo que, como decíamos, no es obligado ni exigible disponer de los medios comprometidos hasta el momento previo a la adjudicación del contrato, es decir para que una vez formalizado aquel, pueda iniciarse la ejecución en los términos establecidos en los pliegos y en la oferta aceptada, no pudiendo imponerse que se acredite disponer de tales medios durante el proceso de licitación del contrato previo al requerimiento del artículo 150.2 LCSP, ni sancionarlo en otro caso con la exclusión de la licitación.

El órgano de contratación, en el trámite de presentación de documentación previsto en el artículo 150.2 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. Esta comprobación es cualitativamente distinta de la de la fase de comprobación de la documentación del Sobre 1, en la que basta con el compromiso de adscripción, mientras que en el trámite previsto en el artículo 150.2 LCSP, la documentación exigida al contratista propuesto como adjudicatario que este debe aportar ha de ser suficientemente acreditativa de la efectividad de la adscripción de los medios exigidos.

En el caso que nos ocupa, el adjudicatario presentó en el Sobre 1 la declaración responsable de cumplimiento de los requisitos de solvencia, que como dijimos se acreditaría por el propuesto adjudicatario mediante la correspondiente clasificación, incluyendo, asimismo, el compromiso de adscripción de medios requerido, conforme a lo dispuesto en Pliegos, materializado en el Anexo V, conforme al cual se **“compromete a la dedicación de los medios personales y/o materiales suficientes para su ejecución, establecidos en el punto 4 del anexo I del PCAP”**.

Al ser propuesto como adjudicatario, se presenta la documentación previa establecida en el art. 150.2, acreditándose la solvencia, conforme a lo declarado en el DEUC subsanado, mediante la aportación de la clasificación requerida, por sí misma y sin acudir a la integración de ésta con medios externos. Asimismo se presentan los documentos

acreditativos de la disposición de los medios comprometidos, acreditación, como concluíamos, de naturaleza subsanable siempre que se trate de subsanar la omisión del documento propiamente dicho, no del requisito de la experiencia exigible en sí.

Tras el oportuno requerimiento, la acreditación es subsanada, sin que el hecho de completar tal acreditación mediante la aportación de documentación adicional que acredita el cumplimiento de los requisitos exigidos a esos medios, implique “modificación del compromiso de adscripción”, compromiso que se concretaba, como veíamos, en la declaración del Anexo V, no habiendo sido alterado éste, sino, repetimos, completados los documentos que acreditan el cumplimiento de los requisitos exigidos por parte de los medios comprometidos.

Teniendo en cuenta, además, que los medios personales a adscribir se definían de modo objetivo, sin exigirse la inclusión de relación nominal, definiéndose conforme a perfiles concretos de titulación y experiencia, como se señala en las alegaciones, “La posibilidad de realizar esta modificación, incluso cuando el perfil del técnico inicial ha sido considerado a efectos de valoración o puntuación técnica, siempre que se haga con un profesional de perfil equivalente, sin que ello consista en una modificación prohibida de la oferta, ha sido confirmada por el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en Resolución núm. 660/2009, de 20 de junio de 2019 (Recurso nº 424/2019)**, en el que se pronuncia sobre un supuesto extraordinariamente análogo al que nos ocupa en los siguientes términos:

“Séptimo. En cuanto al fondo del asunto, es decir, en los términos expuestos, si el cambio de la persona con perfil senior supone una modificación de la oferta que debe producir la exclusión de la empresa recurrente, este caso ha sido tratado por el Tribunal, en la citada Resolución 1217/2018, de 21 de diciembre, aunque en ella, no fue necesario pronunciarse sobre este extremo, si bien como obiter dicta, anticipa la decisión que procede adoptar en este caso. En efecto, existen resoluciones relacionadas con el incumplimiento de las condiciones de solvencia técnica requerida, o que se pronuncian sobre las consecuencias de un cambio de medios personales en la ejecución del contrato. Lo peculiar de este caso, es que, como alega el órgano de contratación, el “perfil” del equipo de trabajo ha valorado para otorgar puntuación a la oferta técnica de las empresas que han concurrido en la licitación.

Ahora bien, aunque el órgano de contratación alegue lo contrario, a esta conclusión, la constatación de la modificación de la oferta técnica, solo puede llegarse previo análisis del C.V. de las personas propuestas. En efecto, en un trámite tan avanzado en la licitación, como el previsto en el artículo 150.2 LCSP, es doctrina de este Tribunal, que la exclusión debe considerarse con carácter restrictivo, por las consecuencias asociadas (pérdida de la adjudicación y, en su caso, ejecución de la garantía provisional). En este caso, aunque se haya valorado el perfil de la persona inicialmente propuesta, lo cierto es que no se deduce del pliego que la ejecución del contrato solo pueda realizarse con una persona física determinada.

Siendo así, procede analizar si el cambio del “perfil senior”, supone realmente una modificación de la oferta, porque el C.V. de la nueva persona difiera sustancialmente del valorada por el órgano de contratación.

(...)

Desde esta perspectiva, analizados los perfiles de las dos personas propuestas por la empresa, este Tribunal entiende que dichos perfiles son similares. (...).

En definitiva, y a juicio de este Tribunal, desde la perspectiva del carácter restringido de la apreciación de motivos de exclusión en esta fase, según doctrina asentada, no se ha producido

una modificación de la oferta técnica puesto que las personas propuestas disponen de un C.V. semejante.

De lo contrario, las variaciones que inevitablemente pueden existir en el personal de las empresas licitadoras, serían en todo caso determinantes de la exclusión en esta fase procedimental, conclusión que no puede generalizarse y que este Tribunal considera no es aplicable a este caso.”

Ilustrativa en el caso que nos ocupa, resulta especialmente la Resolución 949/2019 del Tribunal central, que aborda precisamente el alcance de la obligación de adscripción de medios y la posibilidad de subsanación de la documentación presentada como consecuencia del requerimiento previsto en el artículo 150.2 LCSP, y en particular en lo referente a la referida a disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato, considerando que la “posibilidad indicada no puede negarse , 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”.

Con cita de la doctrina señalada en sus Resoluciones 747/2018 y 749/2018, el Central concluye que “en el caso de un defecto en la cumplimentación del trámite conferido de acreditar la disposición efectiva de los medios personales o materiales que se hubiera comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato el licitador propuesto como adjudicatario, en que el cumplimiento del trámite se efectuó dentro del plazo legal en su mayor parte, y tras trámite de subsanación en su totalidad, incluido el defecto de que uno de los medios materiales a adscribir a la ejecución del contrato que no había sido cumplimentado ab initio sino en el trámite de subsanación, mediante su sustitución por otro...

El compromiso de adscribir unos concretos medios personales o materiales debe efectuarse antes de la propuesta de adjudicación, y debe exigirse con la documentación administrativa, incluso cabe exigir enunciarlos antes de dicha propuesta. Ahora bien, ese compromiso lo es para la ejecución del contrato y puede llegar a configurarse como obligación esencial cuyo incumplimiento sea causa de resolución del contrato, pero siempre es un compromiso de medios personales o materiales fungibles, es decir , se cumple con lo adscripción de uno u otro del mismo tipo, requisitos y calidad, siendo sustituibles. Por ejemplo, si se exige el compromiso de adscribir dos ingenieros industriales con una experiencia x en los cinco últimos años, y así se efectúa por el licitador luego propuesto como adjudicatario, nada impide que si uno de dichos ingenieros se incapacita o simplemente incumple su compromiso con aquél, pueda este sustituirlo por otro con la misma o mejor titulación, experiencia y demás requisitos exigidos.

(...)

...si en el PCAP se hubiese exigido el compromiso de adscripción y la concreción de las características de los recursos comprometidos sin identificarlos nominativamente, y estos datos fuesen defectuosos, nada hubiera impedido que se requiriese la subsanación. Por el mismo motivo, si el recurso comprometido se hubiese incapacitado, caso de recursos humanos, o se hubiese inutilizado, caso de cosas, no cabría negar la sustitución de uno por otro del mismo tipo y características, sino al contrario, exigirla, ya que se trata de un compromiso de dedicar o adscribir el recurso, lo que se hace con uno o con otro.”

En este sentido, el propio órgano de contratación, manifiesta en su informe que “Sobre el fondo de la subsanación y documentación presentada a estos efectos por la UTE VIAS SANDO, la misma daba cumplimiento a la solvencia mínima requerida en el sobre 1 como la adicional que fue presentada a efectos de valoración del sobre 3 ya que viene a valorarse en la experiencia general y concreta en su caso del personal requerido, no en sí la persona, por lo que es aceptable la subsanación realizada ante el requerimiento efectuado por el servicio ya que se cumplan la experiencia general y concreta ofertada. De

tal modo, el propio contrato en su fase de ejecución permitiría sustituir al personal mínimo exigido siempre que el sustituto cumpla con la experiencia general y/o concreta requerida.”

En cuanto al cómputo de la experiencia exigida, parte el recurrente de que no se cumple ésta, indicando que “optaremos por la forma de cómputo más ecuánime; esto es, dado que la UTE adjudicataria no indica en los certificados las fechas exactas de inicio y finalización, entendemos que comienzan y finalizan el día 15 de cada mes. Posteriormente veremos certificados de la adjudicataria que superpone periodos de inicio y finalización lo que confirma nuestro criterio. Por otro lado, se asume que un mes dispone de 30 días; y un año de 365 días y 12 meses”, cuestión sobre la que se pronuncia el informe técnico remitido a este Tribunal, señalando que “Se ha revisado la experiencia acreditada, este si reúne la experiencia necesaria para obtener la puntuación asignada. Para el computo de la misma se exigía conforme el anexo nº1 del PCAP que la experiencia deberá acreditarse con la participación (en tiempo real efectivo) de la persona en un trabajo concreto indicando cual sea éste, y de este modo se ha tenido en cuenta el tiempo real y efectivo indicado en los certificados mismos. En caso de indicar día de inicio y día de final, la experiencia se computa como diferencia entre los días indicados.

En caso de que los certificados indiquen meses, la experiencia se computa como los meses completos indicados en el certificado. No se modifican ni reinterpretan los plazos indicados en los propios certificados.

Se ha revisado la documentación de la UTE VIAS – SANDO, el tiempo de la experiencia acreditada y valorada es correcta.”

Sobre el particular, alega la adjudicataria que “El problema es que la recurrente pretende aplicar a la oferta de la UTE SANDO-VIAS métodos para el cómputo de la duración de las experiencias por días, que además de resultar arbitrarios no están determinados ni soportados por los pliegos”, añadiendo que el Especialista de Sistemas Tranviarios inicialmente propuesto, de experiencia acreditada por INGEROP, fue sustituido válidamente por otro técnico de perfil equivalente, sobre el nada se discute en cuanto a experiencia.

Sobre la base de lo hasta aquí expuesto, admitida la posibilidad de subsanación, tanto del DEUC, como de la documentación previa a la adjudicación y, concretamente, la relativa a la acreditación de la disposición de los medios a adscribir al contrato y el cumplimiento por éstos de los requisitos exigidos en los Pliegos, teniendo en cuenta que la documentación presentada no contradice ni modifica lo declarado en el DEUC, ni constituye una modificación del compromiso de adscripción de medios, sino la acreditación de la efectiva disposición de los medios requeridos, los cuales lo son en función de su perfil profesional, hemos de entender ajustada a derecho la actuación del órgano de contratación en cuanto a la consideración de la totalidad de los documentos presentados, incluyendo los aportados en vía de subsanación, para la determinación del cumplimiento por parte de los recursos humanos ofertados de los requisitos de experiencia, tanto mínima, general y concreta, como adicional, considerándose por los técnicos y aseverándose en reiteradas ocasiones, que las certificaciones aportadas al efecto cumplen los requisitos establecidos, certificando correctamente la experiencia exigida como mínima, así como la experiencia adicional, para la obtención de los puntos que se le atribuyen a la adjudicataria, no apreciándose los motivos de exclusión alegados.

CUARTO.- En cuanto a la disconformidad con la valoración de su oferta, se alega que la misma ha sido, erróneamente minusvalorada, por los siguientes motivos:

a) Consideran que la oferta económica de la UTE AZVI-MARTÍN CASILLAS debió haber sido valorada con 37,51 puntos y no con 35,28 puntos, ya que se debería haber calculado su puntuación una vez excluida, por temeraria, la UTE FCC-JICAR-MAGTEL OPERACIONES.

b) Defienden una mayor puntuación de la experiencia de su Jefe de Obras, por considerar que hubo de tenerse en cuenta el certificado donde se le identifica como Gerente.

c) Muestran su disconformidad con la puntuación de su oferta técnica, alegando que mejoras que se les valoraron a otros licitadores, no se les valoraron, reclamando, en consecuencia una puntuación de 31,9, en lugar de los 30,4 recibidos.

Defiende el recurso que existen errores manifiestos en la valoración de la puntuación económica que darían lugar a una puntuación superior de su oferta, errores que se concretan en el hecho de tomar en cuenta en la aplicación de la fórmula como valor de la variable Bmax, la baja ofertada por una licitadora excluida de la licitación, defendiendo que para clasificar las ofertas no declaradas desproporcionadas, hay que calcular las puntuaciones de las ofertas admitidas y que el valor del parámetro, Bmax (Baja Máxima Ofertada), contenido en la fórmula de valoración de la oferta económica se ha de corresponder con la Baja Máxima de las ofertas que han sido admitidas, sin incluir las ofertas anormalmente bajas, las cuales han quedado excluidas del proceso de licitación por considerarse inviables por la Mesa de Contratación, argumentando que en caso contrario se produce una distorsión de los resultados ya que se introducen en el cálculo ofertas cuyo importe es reflejo de un bajo nivel de precios y costes no admitidos por la Mesa.

Señala, así el recurso que:

A la UTE AZVI-MARTÍN CASILLAS le fueron atribuidos un total de 35,28 puntos en la oferta económica. La UTE AZVI-MARTÍN CASILLAS ha advertido errores manifiestos en la valoración de la puntuación económica que darían lugar a una puntuación superior, esto es, la proposición económica de la UTE AZVI-MARTÍN CASILLAS debía haber sido valorada por el órgano de contratación con 37,51 puntos.

La formulación contemplada por el PCAP para la puntuación económica es la siguiente:

$$Ci = 40 \cdot \left(1 - \left(\frac{Bmax - Bi}{Bmax} \right)^{1,5} \right)$$

Ci = Puntuación de licitador i-ésimo.

Bmax = Baja máxima ofertada

Bi = Baja ofertada por el licitador i-ésimo.

La razón de este incremento de puntuación radica en que el órgano de contratación tomó como “Bmax” para introducir en la formulación de la puntuación económica la que se corresponde con la oferta realizada por la UTE FCC-JICAR-MAGTEL OPERACIONES que, sin embargo, fue excluida.

Dicha oferta fue considerada como anormalmente baja según los criterios de la Cláusula 10.3 PCAP y lo dispuesto en el informe del Servicio de Proyectos y Obras, por lo que no debió tomarse en consideración en el cálculo de la puntuación económica del resto de licitadores.

El órgano de contratación debería haber calculado la puntuación una vez excluida la UTE FCC-JICAR-MAGTEL OPERACIONES. En este sentido, el Informe 6/2019, de 18 de diciembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía “*la forma de proceder para tramitar el incidente de anormalidad y la valoración y clasificación de las ofertas tanto en el procedimiento abierto ordinario como el abierto simplificado deben ser idénticas*” y que **“primero debe resolverse el incidente de anormalidad y, posteriormente, realizarse la valoración y clasificación de las ofertas admitidas”**, entendiéndose que **“solo en aquel caso en el que la oferta excluida por ser anormalmente baja no influya en el resultado de la valoración y clasificación, la interpretación literal del art. 149.6 sería admisible”**.

Como apoyo a su argumentación, se cita asimismo, la Resolución 350/2019, de 24 de octubre de 2019, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía que concluye que:

“Es decir, que si con la anterior redacción, la clasificación tenía lugar una vez tramitado el correspondiente procedimiento justificativo de las ofertas que se encontraban en presunción de anormalidad, debe mantenerse la misma postura con la redacción de la nueva ley, que como hemos señalado, no ha sufrido modificación alguna en este aspecto.

En definitiva podemos llegar a la conclusión de que en ningún momento ha sido intención de la nueva LCSP modificar el sistema que venía siendo aplicado conforme al TRLCSP, por lo que la valoración de las ofertas económicas y, posterior clasificación, deben hacerse tras comprobar la viabilidad de todas las ofertas incursas inicialmente en presunción de anormalidad, sin que esta conclusión se vea alterada por lo dispuesto en el artículo 159 de la LCSP para el procedimiento simplificado, dadas las especiales características de este procedimiento”.

Sobre estas bases, concluyen que la oferta económica de la UTE debió haber sido valorada con 37,51 puntos y no 35,28 puntos y que, la aplicación de este criterio ha supuesto la pérdida de 2,23 puntos para la UTE AZVI-MARTÍN CASILLAS, ofreciendo el siguiente cuadro de puntuación que hubiera correspondido:

CUADRO RESUMEN DE PUNTUACIONES ECONÓMICAS		ORGANISMO	REVISADA	DIF.
		(1)	(2)	
LICITADOR	BAJA DE OFERTA	Pto. ECON.	Pto. ECON.	Pto. ECON.
7 VIAS-SANDO	27,70%	38,75	40,00	1,25
6 SACYR-MOVICONTEX	26,83%	38,18	39,78	1,60
3 DRAGADOS-HELIOPOL-TECSA	25,35%	37,06	39,01	1,96
2 AZVI-MC	23,35%	35,28	37,51	2,23
1 ACCIONA -DSV	21,93%	33,86	36,20	2,34
5 DHL	20,30%	32,08	34,48	2,40
4 FCC-JICAR-MAGTEL	30,75%	YEMERARIA		
	BMAX	30,75%	27,70%	

Nota:

(1) Corresponde a la puntuación asignada por el Organismo (incluida en el informe de valoración de las ofertas) con cálculo de Bmax, considerando las ofertas anormalmente bajas (FCC - JICAR - MAGTEL).

(2) Corresponde a la puntuación revisada calculada por UTE AZVI - MARTÍN CASILLAS calculando la Bmax sin considerar las ofertas anormalmente bajas (FCC - JICAR - MAGTEL).

El órgano de contratación, por su parte, manifiesta que “la literalidad de la misma no lleva a equivoco al indicar que la puntuación máxima se dará a la oferta con baja máxima ofertada, es decir FCCJICA- MAGTEL, por lo que la aplicación de la fórmula es correcta ya que de otro modo se reinterpretaría de manera subjetiva la misma si no se tuviera en cuenta la baja máxima ofertada”.

La adjudicataria en sus alegaciones al recurso, defiende que según “el criterio de la recurrente, se aplicaría la fórmula matemática sin considerar en un primer momento las ofertas que pudieran ser anormalmente bajas, lo que, a su juicio, le permitiría sumar 2,23 puntos a la puntuación que le ha sido asignada.

Ahora bien, esa tesis no puede ni debe ser validada por el Tribunal, por cuanto no se ajusta a nuestro ordenamiento jurídico al haber sido “superada” por el cambio de paradigma que la aplicación del procedimiento regulado en el artículo 149 de la LCSP ha experimentado tras el Informe de la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa** (“JCCA”) ha emitido a este respecto en su **Expediente 16/20**, y que ha permitido instaurar un criterio último; circunstancia que la UTE recurrente parece no haber tenido en cuenta ya que cita en apoyo de sus pretensiones varias resoluciones anteriores a este criterio unificador, lo que permite afirmar que aquéllas ni pueden prosperar pues se fundamentan sobre argumentos antiguos, superados y contrarios a Derecho.

Como se apuntaba, ese cambio de modelo o paradigma ha “derogado”, por así decirlo, la corriente doctrinal previa que se tenía en cuenta a la hora de aplicar la fórmula de valoración en procedimientos en los que se apreciaba la existencia de ofertas anormalmente bajas.

(...)

Es evidente que, en primer lugar, todas las ofertas deben ser consideradas inicialmente (esto es, tanto las “normales” como las posibles anormalmente bajas) para aplicarles la fórmula de valoración prevista en el PCAP, de manera que, seguidamente, pueda procederse a determinar cuáles son las anormalmente bajas para excluirlas, en su caso, de la clasificación final de ofertas.

Este es el criterio que sostiene la JCCA y que consta claramente recogido en el Informe emitido en el marco del Expediente 16/20 (*“Exclusiones por temeridad y clasificación de las proposiciones de los licitadores”*)

...la oferta de la UTE FCC-JICAR-MAGTEL OPERACIONES fue excluida por su carácter anormalmente bajo a través de un procedimiento tramitado correctamente por la Administración contratante de conformidad con la legalidad, la doctrina y los propios Pliegos, pero una vez valorada y eliminándose en el momento de la clasificación.”

Efectuadas las alegaciones de las partes, hemos de partir de la regulación que al efecto contiene la Ley y los Pliegos.

A diferencia de la norma anterior, la LCSP se refiere a las Ofertas anormalmente bajas en el art. 149, inmediatamente anterior al 150, en el que se regula la Clasificación de ofertas y adjudicación del contrato. Conforme al apartado 6 del artículo 149 de la LCSP preceptúa que *“Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica”*.

Por otro lado, el párrafo primero del artículo 150.1 dispone que *“La mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas para posteriormente elevar la correspondiente propuesta al órgano de contratación, en el caso de que la clasificación se realice por la mesa de contratación”*.

Esto es, como decíamos, la LCSP en primer lugar prevé el incidente de la anormalidad de las ofertas (artículo 149) y posteriormente su clasificación (artículo 150) y la adjudicación. En el caso examinado el pliego se remite a lo dispuesto en la LCSP y así, la Cláusula 10.3 señala que:

10.3.- Clasificación de las ofertas.

El órgano de contratación, clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme al procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP.

Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

En el Anexo I se determinan los parámetros objetivos para identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

Para efectuar la citada clasificación de las proposiciones, se atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el Anexo I, pudiendo solicitar para ello cuantos informes técnicos se estimen pertinentes. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la oferta económicamente más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo.

Consta, asimismo en el expediente, Informe sobre justificación de criterios de adjudicación y fórmula de asignación de puntos a la oferta económica, suscrito con fecha 25 de marzo de 2021, por el Jefe de Sección de Obras y Servicios, en el que se señala que “ se pretende que la licitación no prime en exceso la valoración económica, lo que podría conllevar ofertas por debajo del coste real y propiciar durante la ejecución de las obras, retrasos en el plazo de ejecución o incluso abandono y rescisión de las mismas.”, incorporando la siguiente fórmula:

Formula económica propuesta:

Se valorará la oferta económica de los licitadores de acuerdo con la baja ofertada respecto al precio base de licitación.

La puntuación de cada oferta se realizará mediante aplicación del siguiente criterio:

$$C_i = C_{\max} (1 - ((B_{\max} - B_i) / B_{\max})^{3/2})$$

C_i = puntuación obtenida por el licitante i

C_{\max} = 40 puntos

B_i = baja ofertada por el licitante i (%)

B_{\max} = máxima baja ofertada admitida (%)

Ciertamente, la fórmula es la misma que luego se incorpora al Anexo I del PCAP, si bien la descripción de la variable B_{\max} , define a ésta como “máxima baja ofertada (%)”, omitiendo el vocablo “admitida”.

En el caso de la citada Resolución 159/2020 del Tribunal de Castilla León, posterior al informe 16/2020 de la Junta Consultiva, por cuanto que en dicha Resolución se cita el mismo, el cual es ya conocido, se presenta la singularidad de “que se produce la extraña paradoja de que las partes utilizan, en apoyo de sus argumentaciones, un mismo texto -el Informe 16/20 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, sobre “exclusiones por temeridad y clasificación de las proposiciones de los licitadores”- del que extraen conclusiones opuestas.”

En el caso examinado por el Tribunal de Castilla León, la falta de depuración de la oferta de la empresa que había sido excluida contaminó la aplicación de la fórmula de valoración de las ofertas económicas y, como consecuencia de ello, la clasificación de las admitidas, centrándose el debate en si la aplicación de la LCSP determina necesariamente el resultado producido, esto es, la adjudicación del Acuerdo marco a una entidad que no resulta ser la que oferta con mejor relación calidad-precio, como consecuencia de tener en cuenta en la fórmula de asignación de puntos por el criterio oferta económica, la oferta excluida.

Al analizar el asunto controvertido se constata que aplicar la fórmula de valoración considerando una oferta más o menos resulta relevante, porque los valores se ven alterados por la exclusión de la oferta de la licitadora que incurrió en anormalidad. Así, los valores anormales de la oferta excluida afectan directamente a la clasificación de las demás empresas, en la medida en que inciden en la valoración a obtener por las válidamente admitidas, de hecho, la puntuación por el criterio Oferta económica varía en función de que la variable controvertida sea la baja máxima, incluida la anormal no justificada, o la baja máxima admitida.

Como en la Resolución citada dijera el Tribunal castellano, este Tribunal no es ajeno a que esta cuestión ha resultado controvertida, existiendo resoluciones dispares respecto a si la valoración y ordenación de las ofertas debía realizarse una vez excluidas las ofertas con valores anormales o desproporcionados o si, por el contrario, dicha exclusión debía realizarse con posterioridad a la ordenación de las ofertas según su puntuación para la determinación de la de mejor calidad precio, si bien no es tarea del Tribunal interpretar la doctrina ni valorar las exposiciones de otros juristas, sino resolver el asunto controvertido, conforme al sentido de la norma y la coherencia de la misma dentro del sistema.

la doctrina reseñada en el recurso es esencialmente coincidente con la de este Tribunal, y con la manifestada, entre otros, por el Tribunal de Castilla León en su Resolución 159/2020, el Andaluz, en su Resolución 350/2019 o el madrileño en la número 385/2019, así como en los Informes 6/2019 de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía o el Informe 3/2017 de 5 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, entre otros, en el sentido de que el *iter* ha de ser:

- 1º.- análisis de las ofertas y depuración de anomalías
- 2º.- valoración de ofertas admitidas y clasificación

Y ello no sólo por la sistemática de la ley y el orden en que aparecen los artículos en la misma, sino por lógica jurídica y de interpretación de las normas conforme a su sentido, su espíritu y finalidad. Entiende este Tribunal que la finalidad perseguida por las exclusiones es la de depurar las ofertas con carácter previo a la valoración y el consiguiente reparto de las puntuaciones, pues quedaría en entredicho el deber de la Administración de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa si la adjudicación de un contrato se condicionara por la concurrencia de ofertas no depuradas que pueden ser inválidas por ser desproporcionadas o anormales, ya que tener en cuenta éstas en la valoración influye en la ordenación final previa a la adjudicación, pudiendo determinar que la adjudicataria del contrato fuera una empresa distinta a la que procedería si se hubieran previamente depurado las ofertas desproporcionadas o anormales.

Como dijera el Tribunal andaluz, “podemos llegar a la conclusión de que en ningún momento ha sido intención de la nueva LCSP modificar el sistema que venía siendo aplicado conforme al TRLCSP, por lo que la valoración de las ofertas económicas y, posterior clasificación, deben hacerse tras comprobar la viabilidad de todas las ofertas incursas inicialmente en presunción de anomalía.”

Las normas han de interpretarse tal y como establece el código Civil en su artículo 3.1 *“según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”*. Por lo cual y en relación con el contexto del resto de la normativa en materia de contratación pública y sobre todo con la sistemática de la Ley y con los artículos 148, 149.6 y 150 de ésta, solo cabe la interpretación en el sentido de que la exclusión de la oferta incursa en baja anormal no será sólo de la clasificación, sino para efectuar dicha clasificación, al igual que el resto de ofertas que puedan ser excluidas por otros motivos, como por el incumplimiento de prescripciones técnicas o requisitos exigidos en pliegos.

Como dijera, en fin, el Tribunal madrileño, interpretar de otro modo este apartado del artículo 149, conllevaría a la desnaturalización de la calificación del criterio precio, toda vez que permitiría la presentación de ofertas temerarias sin posibilidad de justificación, pero que permitirían la reducción de la proporcionalidad de la puntuación por este criterio al resto de ofertas, alterando así el principio general de la contratación pública de determinar y adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa en relación calidad precio.

Por último, y en relación al controvertido informe 16/2020, podemos concluir que no se opone a lo anteriormente expuesto, por cuanto el mismo llega a las siguientes conclusiones:

.- " Conforme a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público la clasificación de las proposiciones de los licitadores se ha de realizar después de haber decidido si existe alguna oferta que incurra en anormalidad y, en caso de que así sea, después de haber excluido tales ofertas.", la clasificación es, pues, posterior a la depuración de anormalidades.

.- "La valoración de las proposiciones, incluyendo la de los criterios dependientes de juicio de valor, que ya haya sido realizada en el seno del procedimiento de selección del contratista no puede modificarse, alterarse o repetirse a pesar de que posteriormente se proceda a excluir a alguna de las ofertas de los licitadores por causa de su calificación como anormal o desproporcionada.", obsérvese que se refiere a la valoración que ya haya sido realizada, pudiendo entenderse que si la anormalidad se refiere, como en el caso de la oferta económica, a un criterio no valorado aún, lo procedente tras su conocimiento no es valorarlo, sino depurar las anormalidades, antes de proceder a su valoración.

.- "Resulta procedente que la clasificación no contemple las ofertas que hayan sido excluidas por ser anormales o desproporcionadas."

.- " Este modo de proceder excluye la necesidad de volver a realizar un trámite para la identificación de las proposiciones que incurran en anormalidad o desproporción, solución que no tendría sentido conforme al texto legal y que atentaría contra el principio de concurrencia".

Considerando, pues este Tribunal que, en primer lugar, ha de tramitarse el incidente respecto de las ofertas anormalmente bajas (artículo 149), y una vez excluidas aquellas cuya viabilidad no ha quedado acreditada y sin tomar en cuenta éstas, se ha de proceder a la clasificación (artículo 150), en consonancia con la finalidad perseguida por las exclusiones, que es la de depurar las ofertas con carácter previo a la asignación de las puntuaciones, y resultando que en el caso que nos ocupa la consideración de la oferta anormal excluida para la determinación de puntuación correspondiente a las ofertas admitidas contaminó la aplicación de la fórmula de valoración de las ofertas económicas y como consecuencia de ello, la clasificación de las válidas, hemos de dar la razón al recurrente en cuanto al error cometido en la valoración efectuada.

Ahora bien, la aplicación de la fórmula en el sentido reclamado conlleva el aumento de la puntuación no sólo de la recurrente, sino también del resto de las licitadoras, sin que *prima facie* y, amén de que la puntuación por otros criterios fuere alterada, el cambio ocasionado por la aplicación de la fórmula conforme a lo recurrido no altera la clasificación, considerándose que conforme a los principios de eficacia y eficiencia, la

anulación de la adjudicación y la retroacción de actuaciones sólo sería procedente en el caso de que dicho error ocasionara la necesidad de reordenar las ofertas con el fin de seleccionar la más ventajosa.

QUINTO.- Consideran las recurrentes que la oferta de la UTE AZVI-MARTÍN CASILLAS no habría sido valorada correctamente en lo que respecta a la experiencia adicional del personal adscrito al Contrato por la UTE debió haber sido valorada por el órgano de contratación con 13 puntos y no con 11 puntos, toda vez que no se debió excluir la experiencia de Jefe de Obra debidamente acreditada mediante certificados donde se indica “Gerente de Obra”, defendiendo que los certificados acreditativos de la experiencia como “Gerente” se refieren al desempeño de unas funciones equivalente a las del “Jefe de Obra” y que la Mesa de contratación ha aplicado un criterio excesivamente formalista que les ha perjudicado.

Aseveran que “Los certificados aportados por la UTE AZVI-MARTÍN CASILLAS se refieren a Gerente de Obra como puesto equivalente a Jefe de Obra. El Ingeniero de Caminos que desempeña las funciones de Jefe de Obra coordinando los trabajos, sirviendo de contacto con la dirección facultativos y gestionando todos los suministros puede ser designado como Gerente. Es exactamente lo mismo y materialmente, no tiene ninguna diferencia.

Dicho esto, en cualquier caso, se debería haber solicitado la subsanación de los certificados antes de haber restado la puntuación a nuestra representada. Por la experiencia adicional del Jefe de Obra aportado por la UTE debió haber sido valorada con 4 puntos y no con 2 puntos.”

En el informe técnico de valoración de criterios automáticos, suscrito el 8 de noviembre y asumido por la Mesa de Contratación, se hace constar que “La empresa UTE AZVI – MARTIN CASILLAS, para el puesto de Jefe de Obra y Especialista Sistemas Tranviarios, presenta certificados con puesto de Gerente y Gerente y Coordinador de Contrato, puestos que no son validos de acuerdo con lo exigido en el pliego.”, señalando el Anexo I que:

En cuanto a la Experiencia general: Sólo se considerarán válidas las Obras en las que el técnico u operario haya ejercido el mismo cargo, o categoría, que el exigido para la obra en licitación.

En cuanto a la Experiencia concreta: Se considera acreditada la Experiencia Concreta cuando el técnico u operario haya ejercido, en los últimos diez años, el mismo cargo o categoría con la misma titulación mínima requerida, en una (1) Obra de Trabajos de construcción de línea tranviaria o de metro ligero.

...en relación con los medios humanos la entidad licitadora propuesta como adjudicataria se le requerirá la siguiente documentación justificativa de disponer efectivamente de los medios a que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato (Clausula 10. 4. a) 6 de los PCAP):

- De la titulación exigida: Títulos académicos.
- De la experiencia: Certificados de empresas públicas o privadas en los que conste:
 - la participación (en tiempo real efectivo) de la persona en un trabajo concreto indicando cual sea éste
 - en calidad de que se ha realizado la participación.
 - la duración del proyecto.

En el informe al recurso, el órgano de Contratación, defiende, así, que “El cargo de Gerente de obra no es equivalente a Jefe de Obra, por lo que la eliminación de los certificados de Gerente y la valoración realizada es correcta. La Cláusula 4 del Anexo I del PCAP y la cláusula 5 del PPTP, exige el puesto de Jefe de Obra y titulación ICCP o equivalente. El puesto ofertado por las empresas AZVIMC es

de Gerente, cargo distinto a lo exigido. El puesto de Gerente en la normativa de contratación hace referencia a la figura exigida como representante de una Unión Temporal de Empresas, por la Ley 18/1982, del 26 de mayo, sobre régimen fiscal de la U.T.E. Por tanto, las experiencias ofertadas para el puesto de Jefe de Obra con certificados relativos a Gerente no pueden ser aceptados.

En relación con la valoración, revisada la documentación ofertada por la UTE AZVI – MARTÍN CASILLAS, la valoración de la experiencia general adicional a puesto de Jefe de Obra es correcta y asciende a 2 puntos, correspondiente a una experiencia adicional acreditada de 7,19 años, a 1 punto cada 3 años, 2 puntos”.

La adjudicataria, por su parte, defiende que no existe correlación entre la figura del Gerente y la del Jefe de Obras, y que “lo primero que hay que señalar, y que resulta determinante, es que la propia documentación del Sobre nº 3 de la UTE AZVI-MARTIN CASILLAS demuestra que el técnico que la misma propone en este caso como Jefe de Obras, y cuya experiencia acredita en concepto de “Gerente” de la obra denominada “TREN-TRANVÍA DE CHICLANA DE LA FRONTERA A SAN FERNANDO. SUPERESTRUCTURA DE VÍA” no fue el Jefe de Obra, en sentido estricto de aquélla.

Así lo demuestra el hecho de que la propia UTE AZVI-MARTÍN CASILLAS aporta el certificado relativo al quien fue el verdadero “Jefe de Obra” de esa actuación entre los documentos acreditativos de la experiencia del Especialista de Sistemas Tranviarios, como se observa en la siguiente imagen.

...

De este modo, cuando la UTE recurrente hace referencia a la figura del “Gerente de la obra”, sólo cabe admitir como tal al Gerente de la UTE ejecutante de la misma, pues la legalidad aplicable no regula otro tipo de Gerente que pueda diferenciarse de este último, ni la práctica conoce de otra figura gerencial distinta en el ámbito de la construcción.

Pues bien, basta una lectura comparativa del clausulado del PCAP y de los certificados aportados por la UTE recurrente a los que ésta hace alusión en su recurso, para reafirmar que la valoración y puntuación realizada por la Administración contratante es conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

(...)

El tenor literal del PCAP es claro e inequívoco al recoger que únicamente se valoraría como experiencia general adicional del Jefe de Obra, la que pudiera acreditarse a través de certificados en los que se indicase esa experiencia como Jefe de Obra. Nada se contemplaba en el PCAP (ni siquiera mínimamente) sobre la posibilidad de que, en lugar de experiencia adicional como Jefe de Obra, se aportasen certificados que hicieran mención a otras figuras características del sector de la construcción, pero distintas a la del Jefe de Obra en sentido estricto.

Como no puede ser de otro modo, la imposibilidad de que la figura del Jefe de Obra pueda equipararse a la del Gerente de la UTE y / u otros perfiles / agentes propios de la construcción obedece a que las funciones inherentes a dichas figuras son radicalmente distintas y, por lo tanto, no pueden ser tomados en consideración puesto que no se ajusta a las exigencias del criterio de adjudicación de calidad recogido en el PCAP.

Pese a las afirmaciones realizadas de contrario, la realidad es que la figura del Jefe de Obra se caracteriza por una función técnica en sede de ejecución de la obra, mientras que un Gerente de la UTE se configura como un perfil “administrativo” o gestor de la Unión Temporal ejecutante, que se encarga fundamentalmente de la representación de la misma ante las distintas Administraciones y organismos, así como a sus cuestiones económicas y orgánicas, al carecer la UTE de

personalidad jurídica, sin que, entre las labores de ese Gerente o “representante” se incluyan funciones técnicas similares, análogas o remotamente parecidas a las propias del Jefe de Obra.

En efecto, el artículo 8 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional avala las consideraciones expuestas...

Tampoco procede afirmarse que el órgano de contratación tendría que haber requerido a la recurrente subsanación de los certificados “*antes de haber restado la puntuación a nuestra representada*”, como se sostiene de contrario.

Recordemos que esos certificados fueron presentados por los licitadores en el Sobre nº 3 de sus ofertas para que fueran objeto de valoración, por lo que esa solicitud de subsanación a la que alude la UTE recurrente no se configura, en ningún caso, como obligación o actuación exigible a la Administración contratante.

Una cosa es que la Administración se encuentre obligada a requerir la subsanación de la documentación administrativa incluida en el Sobre nº 1 si aprecia algún defecto en la misma “*ex*” artículos 141 de la LCSP, 81.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre por el que se aprueba el vigente Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como ha ocurrido cuando el Órgano ha requerido subsanación a la UTE adjudicataria, y otra bien distinta es que el licitador que no obtiene la puntuación que esperaba trate de imponer a la Administración contratante obligaciones que no prevé en esos términos nuestro ordenamiento jurídico.”

A la vista de la oferta de la recurrente, se constata, efectivamente, que entre los certificados presentados por la recurrente, en relación con la misma obra (TREN-TRANVIA DE CHICLANA DE LA FRONTERA A SAN FERNANDO. SUPERESTRUCTURA DE VÍA, Expte. T-TC6111/OEJO, situadas entre los términos de San Fernando y Chiclana de la Frontera, provincia de Cádiz), figura que el medio propuesto como Jefe de Obra, “ha trabajado en la obra como Gerente desde Julio de 2012 hasta octubre de 2017”, y el propuesto como especialista en Sistemas Tranviarios, “ha trabajado en la obra como Jefe de Producción de Vía y Jefe de Obra desde Julio de 2012 hasta octubre de 2017 y como Gerente desde octubre de 2017 hasta Diciembre de 2019”.

Por lo que respecta a la posibilidad de subsanación, ciertamente, y como señala la adjudicataria, no es lo mismo la subsanación de la documentación general, o la de la documentación previa, generalmente admitidas por la doctrina, la jurisprudencia y la propia normativa, como hemos tenido ocasión de examinar en el Fundamento Tercero, que la subsanación de la oferta técnica o económica, concebida como excepcional, distinguiéndose en este caso, entre simples defectos formales que son subsanables y sustanciales que no pueden ser objeto de dicha subsanación. La razón de que estos defectos sustantivos no sean subsanables reside en que nos hallamos en estos casos de contratos administrativos en procedimientos de concurrencia competitiva, en los que hay que salvaguardar los intereses de todos los participantes, que se verían perjudicados si cumpliendo algunos de ellos escrupulosamente los requisitos materiales para participar, se otorgase a aquellos que no los cumplen una oportunidad de subsanar los defectos o incumplimientos en los requisitos sustantivos en los que incurriesen.

A estos efectos, hemos de traer a colación nuestra Resolución 19/2021, en la que concluíamos el ajuste a derecho de la valoración realizada por la Mesa de Contratación,

habida cuenta de la incorrecta cumplimentación por parte del licitador, de la documentación preceptiva que, conforme al Pliego debía presentar, a fin de posibilitar la valoración del criterio en los términos consignados en el mismo.

De especial interés resulta, como señalábamos en la Resolución 14/2021, por sus similitudes con el caso aquí analizado, la Resolución nº 242/2019 del Tribunal de Contratación Pública de Madrid, en la que, como señala éste, *"La "quaestio iuris" se circunscribe a la procedencia de la concesión de un plazo de subsanación para presentar la documentación acreditativa de la titulación del personal ofertado como mejora y de su pertenencia a la empresa, teniendo en cuenta que forma parte de la oferta y no de la documentación administrativa"*, analizando la virtualidad de subsanar la documentación acreditativa de un criterio de adjudicación y manifestando la diferencia existente entre aclarar un documento y suplir la omisión de éste.

El artículo 141.2 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, recoge la subsanación de la declaración responsable que sustituye a la documentación administrativa o de la documentación complementaria, no fijando plazo de subsanación alguno para la documentación relativa a los criterios de adjudicación (artículo 145).

La mencionada Resolución 242/2019 del Tribunal madrileño, ha sido, de hecho, confirmada por el TSJ de Madrid, a través de la ST 612/2020 de 2 de diciembre, en la que el Alto Tribunal desestima el recurso contencioso-administrativo planteado. Señala la Sentencia que "esta Sala no puede sino compartir los razonamientos del TACP al ajustarse a los criterios aplicables al caso. Efectivamente, en materia contractual las posibilidades de subsanación en la documentación administrativa son más amplias que las de la oferta técnica o económica por su carácter excepcional en la medida que conllevan una ruptura del principio de igualdad entre las empresas licitadoras a la hora de presentar, en unidad de acto, toda la documentación integrante de las ofertas contractuales que, a la postre, habrá de determinar la adjudicación del contrato.

Y en este sentido son acertadas las referencias del TACP al artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2.001 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCL 2000, 1380, 2126) , que sí permite la subsanación de la documentación administrativa, y a su artículo 84 sobre rechazo de proposiciones sin contemplar la posibilidad de subsanación respecto de las ofertas económicas o técnicas, diferenciación que asimismo se desprende de lo previsto en artículo 141.2 de la Ley 9/2.017 de Contratos del Sector Público, que recoge la subsanación de la declaración responsable que sustituye a la documentación administrativa o de la documentación complementaria, pero sin fijar plazo de subsanación para la documentación relativa a los criterios de adjudicación (artículo 145).

En el caso que nos ocupa la Mesa de Contratación permitió que por vía de subsanación la empresa actora aportase documentación omitida en su oferta técnica que además resultó determinante para que resultase adjudicataria del contrato, lo que sin duda excedía del ámbito propio de la subsanación, que ha de ir dirigida a complementar o aclarar documentación ya obrante en el procedimiento pero no para aportarla de forma extemporánea, otorgando una posición ventajosa frente al resto de licitadores que habrían cumplido con los trámites de presentación de sus ofertas en tiempo y forma, de modo que la decisión del TACP de revocar la adjudicación del contrato a "Aquimisa, S.A." en orden a que se la restasen los puntos asignados a resultas de aquella indebida subsanación documental se ofrece más que justificada y razonable, por lo que ha ser confirmada, así como la posterior adjudicación del contrato a otra licitadora por razón de la mayor puntuación final obtenida.

Debe por tanto desestimarse el recurso contencioso planteado."

SEXTO.- Por lo que respecta a la disconformidad con la valoración de la oferta técnica de la recurrente, considerando que merecía una puntuación total de 31,9 puntos y no de 30,4 puntos, el análisis de la cuestión ha de partir del principio de discrecionalidad técnica en la emisión de juicios de valor y la presunción de veracidad de los informes técnicos de la Administración. acogiéndose por este Tribunal en diversas Resoluciones ((Resoluciones 19/2019, 22/2019, 48/2019, 51/2019 y 52/2019), la consolidada doctrina sobre la discrecionalidad técnica de la Administración, reiteradamente sostenida tanto por los órganos de resolución de recursos en materia de contratación como por nuestro Tribunal Supremo, y que se resume en que tratándose de cuestiones que se evalúan o enjuician aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos.

Señala el recurso que:

.-En cuanto a la mejora relativa a la “realización de ensayos Cross-Holle a los pilotes del paso inferior”. El Plan de Ensayos (apartado 2.1.2.1) de la UTE AZVI-MARTÍN CASILLAS incluía, entre otras mejoras no valoradas en el control de materiales (p.e. Auscultación dinámica de Alto Rendimiento), la realización de 848 unidades de Ensayos Sónicos de pilotes (1 x ud).

.-En cuanto a la mejora relativa a la “aplicación de coeficientes climatológicos en cálculo de rendimientos”, la oferta de la UTE AZVI-MARTÍN CASILLAS considera para la justificación de los rendimientos y/o el cálculo de plazo coeficientes de reducción climatológica y de días laborables.

Concluyendo que “La aplicación de estos coeficientes mereció la asignación de un (1) punto en otras ofertas. En la nuestra, no mereció puntuación.

Esta forma de valorar incumple el principio de igualdad y transparencia (art. 1 LCSP) y debe obligar a revisar nuestra valoración ya que la no consideración de estas mejoras ha supuesto la pérdida de 1,5 puntos.”

En su informe al recurso, el órgano de Contratación defiende, sin embargo que “Se ha revisado la oferta de AZVI-Martín Casillas y se ha valorado con arreglo al Anejo nº 1 del PCAP y con el mismo baremo que el resto de las ofertas, por lo que la valoración realizada es correcta”.

En cuanto a la mejora relativa a la “realización de ensayos Cross-Holle a los pilotes del paso inferior”, señala que “La valoración del sobre nº 2 se ha realizado correctamente siguiendo lo especificado en el Anexo nº 1 del PCAP, apartado 6, Criterios cuya valoración depende de un juicio de valor (hasta 40 puntos).

Revisada la oferta de las empresas AZVI-Martin Casillas, en el “Informe valoración criterios juicios de valor” incluido en el “Acta de la Mesa relativa a Informe sobre nº 2, relativo a la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor y apertura de sobre nº 3”, en la página 4/64 del citado informe, y dentro del apartado 1.1.Métodos Operativos y Sistemas Constructivos. Definición de los elementos fundamentales del Proyecto objeto de la intervención y características de la obra a ejecutar (hasta 18 puntos), se recoge en las propuestas de mejora de las empresas AZVI – Martín Casillas la siguiente valoración:

“La oferta propone mejora en la ejecución de pilotes con perforación con entubamiento con morsa hidráulica y lodos bentónicos el resto. Oferta mejora de monitorización en 3D (BOREHOLE inclinómetro TESTAR BIT de PILETEST) en continuo para garantizar la verticalidad. Propone 4 equipos para pilotes y 2 equipos para losa superior. Supone bastante utilidad en el procedimiento constructivo del paso inferior, dado que mejora el control de continuidad en el hormigonado de los pilotes, así como su verticalidad, con relación a lo previsto en proyecto de licitación. **(Se valora con 1 punto).**”

Por lo que respecta a la mejora relativa a la “aplicación de coeficientes climatológicos en cálculo de rendimientos se informa que “Revisada la oferta de las empresas AZVI-Martin Casillas, esta no indica en ningún punto la inclusión en Condiciones climatológicas de mejora en metodología para el cálculo de rendimiento de los equipos aplicando coeficiente de reducción, por lo que no se valora.”

En la misma línea se pronuncia la adjudicataria, destacando que la valoración de los ensayos Cross-Hole a los pilotes, así como del coeficiente reductor climático, se contiene en el Informe de Valoración elevado a la Mesa por el Jefe de Sección de Obras y Servicios en 25 de octubre de 2021, y que se encuentra publicado en la Plataforma de Contratación del Estado, lo que demuestra que esta mejora sí se ha valorado y tenido en cuenta para la asignación de la correspondiente puntuación sobre la oferta de la UTE AZVI-MARTÍN CASILLAS, citando las páginas 24, 25 y 29 y siguientes del citado informe y concluyendo que el mismo sí ha tenido en cuenta las mejoras propuestas por la licitadora dentro de la puntuación total que otorga al apartado de Control de Calidad en la que esta las incluyó, por lo que no procede estimar su pretensión, sino confirmar dicha valoración.

Los criterios de adjudicación se establecen en la Cláusula 6 del Anexo I. Como criterios cuya valoración depende de un juicio de valor, **HASTA 40 PUNTOS, se establecen en el Pliego los siguientes:**

- 2.1 PROPUESTA TÉCNICA (hasta 20 puntos)

La **PROPUESTA TÉCNICA** de los licitadores deberá constar de una memoria descriptiva donde se relacionen todos los apartados que se describen a continuación:

2.1.1-Métodos Operativos y Sistemas Constructivos. Definición de los elementos fundamentales del Proyecto objeto de la intervención y características de la obra a ejecutar (hasta 18 puntos)

2.1.2-Control de Calidad (hasta 2 puntos)

2.2. PROGRAMACIÓN DE LOS TRABAJOS (hasta 14 puntos)

2.3 MEDIDAS AMBIENTALES Y DE INNOVACIÓN (hasta 3 puntos)

2.4 PLAN DE AHORRO ENERGÉTICO (hasta 3 puntos)

En el informe de valoración de 25 de octubre, se observa (página 4), que en la valoración del criterio **2.1.1-Métodos Operativos y Sistemas Constructivos. Definición de los elementos fundamentales del Proyecto objeto de la intervención y características de la obra a ejecutar**, se considera “*la mejora en la ejecución de pilotes con perforación con entubamiento con morsa hidráulica y lodos bentónicos el resto. Oferta mejora de monitorización en 3D (BOREHOLE inclinómetro TESTAR BIT de PILETEST) en continuo para garantizar la verticalidad. Propone 4 equipos para pilotes y 2 equipos para losa superior. Supone bastante utilidad en el procedimiento constructivo del paso inferior, dado que mejora el control de continuidad en el hormigonado de los pilotes, así como su verticalidad*”, valorándose con 1 punto. De hecho en el criterio 2.1.1, la UTE AZVI-M.CASILLAS obtiene la máxima puntuación, 16,75 sobre 18.

En la valoración del criterio **2.1.2- Control de Calidad** (hasta 2 puntos), la referencia a la oferta de las recurrentes se contiene en las páginas 24 y 25, en las que se contempla la

mejora “en ejecución de 100 % pilotes con ensayos sónico con martillo de mano y ensayos ultrasonido CROSS-HOLE. Supone bastante mejora en el control de ejecución de pilotes” valorándose el Control de Calidad en 0.5 puntos y el de fabricación y suministros por otros tantos, alcanzando la puntuación por el criterio 2.1.2 un total de 1 punto. Ello determina que la recurrente obtenga la máxima puntuación por el conjunto del criterio 2.1 PROPUESTA TÉCNICA, 17.75, sobre 20.

A diferencia de otras ofertas, que incluyen, dentro de este criterio, medidas para minimizar las incidencias que implican “mejora en metodología para el cálculo de rendimiento de los equipos aplicando coeficiente de reducción en el rendimiento Coeficientes MOP. Supone bastante utilidad en la implantación y organización de la obra, al paliar el condicionante climático en la obra” (así, a título de ejemplo, la **UTE ACCIONA CONSTRUCCIONES SA - DSV EMPRESA CONSTRUCTORA Y FERROVIARIA SL. Y UTE SANDO – VIAS Y CONSTRUCCIONES SA.**), tales mejoras no se aprecian por los técnicos en relación con la oferta de la recurrente.

Sí se tienen en cuenta sin embargo, los coeficientes, en la valoración del criterio **2.2. PROGRAMACIÓN DE LOS TRABAJOS** (hasta 14 puntos), así, la página 31 del informe, en relación con la oferta de la recurrente, señala que “La oferta presenta **tabla con rendimientos** por unidades, tajo y fase de obra muy completo y detallado. Incluye coeficiente reductor climático. La tabla de rendimientos es bastante coherente y bastante viable para garantizar la ejecución de las obras en el plazo establecido. **(Se valora con 1.5 puntos).**”

A la vista de lo expuesto ha de concluirse que teniendo en cuenta cuanto antecede y los principios de discrecionalidad técnica en la emisión de juicios de valor y la presunción de veracidad de los informes técnicos, la función que a este Tribunal compete en cuanto a la valoración técnica de los criterios de adjudicación de esta naturaleza, debe quedar limitada de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración tales como las normas de competencia y procedimiento, la no aplicación de criterios de arbitrariedad o discriminatorios y el respeto a los principios de la contratación, verificándose que, no existe un error material y que la valoración de las propuestas se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica, existiendo motivación adecuada y suficiente.

En definitiva y como conclusión de todo lo expuesto, en el caso que nos ocupa, la procedencia de la subsanaciones efectuadas en la documentación del Sobre 1 y las de la documentación previa a la adjudicación, la necesaria distinción entre solvencia y adscripción de medios, con los efectos y consecuencias prácticas que ello conlleva, la virtualidad de cambio en los medios adscritos, en el sentido analizado, la discrecionalidad y presunción de veracidad de los informes emitidos por los técnicos de la Administración y la consideración por éstos de que, en definitiva, los medios a adscribir por la adjudicataria cumplen los requisitos establecidos en los Pliegos, alcanzando tanto la experiencia mínima exigida como compromiso de adscripción, como la adicional, necesaria para la obtención de los puntos atribuidos, unido al hecho de que incluso modificando la puntuación relativa a la oferta económica como consecuencia de la aplicación de la fórmula en los términos demandados por la recurrente, con los que nos mostrábamos de acuerdo, y sumando los puntos adicionales que hipotéticamente se hubieren podido obtener en el caso de subsanación de la documentación acreditativa de la experiencia del Jefe de obra propuesto por AZVI-MARTIN CASILLAS, la valoración total de la recurrente no superaría a la de la adjudicataria, no afectando, en consecuencia a la

adjudicación, ni tampoco a la clasificación, por lo que, en aras a los esenciales principios de eficacia y eficiencia, consideramos procedente la continuación del procedimiento.

Habida cuenta que lo solicitado al Tribunal se concreta en “(i) la exclusión de la oferta de la UTE SANDO-VÍAS y ordene al órgano de contratación retrotraer el procedimiento para proceder a la adjudicación del Contrato a la UTE AZVI-MARTÍN CASILLAS; y (ii), subsidiariamente, y para el hipotético supuesto, de que no se excluya a UTE SANDO-VIAS por las irregularidades cometidas, ordene retrotraer el procedimiento al momento oportuno para que se proceda a valorar la oferta de la UTE AZVI-MARTÍN CASILLAS con un total de 87,41 puntos y la oferta de la UTE SANDO-VÍAS con un total de 80,50 puntos.”, aun estimándose por este Tribunal la alegación relativa a la incorrección en la aplicación de la fórmula para la valoración de la oferta económica, ha de desestimarse lo solicitado por la recurrente, no procediendo, conforme a lo examinado anteriormente, la exclusión de la adjudicataria ni la retroacción de actuaciones, por cuanto que la nueva valoración no alteraría el orden clasificatorio.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por las mercantiles AZVI, S.A.U. y MARTÍN CASILLAS S.L.U. , licitadoras en UTE AZVI -MARTÍN CASILLAS, contra la adjudicación de las “*Obras del Proyecto de Construcción del Metro Ligero del Centro de Sevilla. Tramo: San Bernardo – Centro Nervión*”, Expte. 2020/000780, tramitado por el Servicio Administrativo de Tráfico y Transportes del Ayuntamiento de Sevilla.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento.

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

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE
RECURSOS CONTRACTUALES