



Expediente: 74/2021

ACUERDO 92/2021, de 10 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS HERMANOS GARCÍA LLORENTE, S.L. frente al acuerdo de la Mesa de Contratación, de 6 de julio de 2021, por el que se le excluye del procedimiento de adjudicación del contrato de “*Obras de adecuación pabellón municipal como espacio de ocio*”, licitado por el Ayuntamiento de Milagro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de mayo de 2021, el Ayuntamiento de Milagro publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de “*Obras de adecuación pabellón municipal como espacio de ocio*”.

A dicho procedimiento concurrieron los siguientes licitadores:

- MALDADIA, S.L.
- CONSTRUCCIONES NAOLSA, S.L.U.
- CONSTRUCCIONES DÍAZ GARCÍA, S.L.
- FLORENCIO SUESCUN CONSTRUCCIONES, S.L.
- ELECNOR, S.A.
- CONSTRUCCIONES NOVELETA, S.L.U.
- CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS HERMANOS GARCÍA LLORENTE, S.L.

SEGUNDO.- El 31 de mayo la Mesa de Contratación procedió a la apertura del sobre 1 (Documentación administrativa) presentado por los licitadores, requiriéndose la subsanación de dicha documentación a algunos de estos.

Con fecha 11 de junio se emitió un informe de valoración de las ofertas contenidas en el sobre 2 (ofertas relativas a criterios no cuantificables mediante fórmulas) y, con fecha 15 de junio, la Mesa de Contratación atribuyó las correspondientes puntuaciones.

Igualmente, en la misma fecha se abrieron y valoraron las ofertas formuladas en el sobre 3, relativas a los criterios cuantificables mediante fórmulas, siendo CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS HERMANOS GARCÍA LLORENTE, S.L. el licitador que obtuvo mayor puntuación total (96,63 puntos).

La oferta formulada por dicho licitador en el criterio social relativo al porcentaje del precio de adjudicación a subcontratar con centros especiales de empleo y/o empresas de inserción fue del 15%.

Por ello, la Mesa de Contratación acordó requerirle la presentación, en un plazo de 7 días naturales, de la documentación prevista en la cláusula 14ª del pliego, advirtiéndole en el correspondiente requerimiento que *“La falta de aportación de la documentación necesaria en dicho plazo supondrá la exclusión de la licitadora del procedimiento, con el abono por parte de ésta de una penalidad equivalente al 5% del importe estimado del contrato e indemnización complementaria de daños y perjuicios en todo lo que exceda dicho porcentaje”*.

Presentada dicha documentación, la Mesa de Contratación se reunió el 23 de junio, haciendo constar en el acta que *“Se comprueba que la documentación ha sido remitida por la licitadora con fecha 23 de junio de 2021, es decir, un día después del plazo máximo de siete días, por lo que ante las dudas de si esta presentación fuera de plazo de la documentación es motivo o no de exclusión, se acuerda dar por finalizada la presente sesión quedando pendiente de estudio para tomar una decisión al respecto”*.

En su reunión de 29 de junio, la Mesa de Contratación acordó admitir la documentación presentada, examinando la misma con el siguiente resultado:

“- Falta la escritura de constitución o de modificación, en su caso, inscrita en el Registro Mercantil, cuando este requisito fuera exigible conforme a la legislación mercantil que le sea aplicable.

- Falta el Documento Nacional de Identidad o documento que reglamentariamente lo sustituya de la persona apoderada.

- En cuanto a la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Centros de Inserción Social parte de las prestaciones objeto del contrato, el documento presentado de la existencia de un compromiso formal con tales empresas no especifica la parte del contrato que va a ser objeto de subcontratación con cada empresa ni tampoco que no concurre en ninguna de las circunstancias del artículo 22 en el subcontratista.

- Falta el certificado de estar al corriente de pago del Impuesto de Actividades Económicas.”

Por ello, la Mesa acordó requerir la correspondiente subsanación en un plazo de 5 días naturales.

El 6 de julio la Mesa de Contratación examinó la documentación aportada, concluyendo que *“es correcta a excepción de los documentos referentes a la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Centros de Inserción Social parte de las prestaciones objeto del contrato.*

Así, en el apartado 14 del Pliego consta que se debe de aportar:

*"Si la licitadora pretende subcontratar con Centros Especiales de Empleo o Centros de Inserción Social parte de las prestaciones objeto del contrato **deberá aportar una relación exhaustiva de las subcontratistas y un documento original que demuestre la existencia de un compromiso formal con tales empresas especificando la parte del contrato que va a ser objeto de subcontratación con cada empresa.** Dicha relación vendrá acompañada de una declaración responsable del subcontratista de que está de acuerdo en cumplir las condiciones del contrato y que no concurre en ninguna de las circunstancias del artículo 22".*

La licitadora presentó un compromiso formal con una empresa de inserción laboral Josenea, SLU, en la que constaba que se comprometía si la licitadora resultaba adjudicataria para las obras del contrato a colaborar en la ejecución de los contratos, por ello, en la anterior sesión, comprobado este extremo se acordó de subsanación en el siguiente sentido:

*"En cuanto a la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Centros de Inserción Social parte de las prestaciones objeto del contrato, **el documento presentado de la existencia de un compromiso formal con tales empresas no especifica la parte del contrato que va a ser objeto de subcontratación con cada empresa ni tampoco que no concurre en ninguna de las circunstancias del artículo 22 en el subcontratista**".*

La licitadora presenta un documento denominado declaración de unidades de obra o partes de obra que se realizarán bajo subcontratación por empresas de inserción social o centros especiales de empleo, en el que consta:

"Declaro que en caso de ser adjudicatario.... Nos comprometemos a subcontratar con la empresas de inserción social y centros especiales de empleo, los capítulos y partidas de obra que detallamos a continuación y con las empresas que se indican"

Se especifican tres empresas y las tres constan en los apartados de las partidas de obra, por lo que en primer lugar, no se puede identificar que partidas va a realizar cada empresa

Igualmente aporta, tres declaraciones de las tres empresas en las que:

1.- Varazdin, SL: una declaración en la que consta que está de acuerdo en cumplir las condiciones del contratos y no concurre las circunstancias del art. 22, y una carta de compromiso en la que se especifican las partidas a ejecutar

2.- *Declaración de responsable de Josenea, SL, en la que consta que está de acuerdo en cumplir las condiciones del contratos y no concurre las circunstancias del art. 22.*

3.- *Declaración de responsable de Servicios Inserlantxo, SL, en la que consta que está de acuerdo en cumplir las condiciones del contratos y no concurre las circunstancias del art. 22.*

La mesa, comprobado el requerimiento enviado y la documentación presentada por la licitadora, y en base, en primer lugar, a que el compromiso de la empresa Josenea, SL; no consta la parte del contrato que va a ser objeto de subcontratación y, ni tan siquiera puede desprenderse de la otra documentación aportada, máxime cuando debe de ser en el propio documento de compromiso, y no en una declaración de la licitadora, donde debe de constar la parte del contrato que va a ser objeto de subcontratación por lo que no ha subsanado el defecto formal.

Y, en segundo lugar, porque en el trámite concedido de subsanación la licitadora ha ampliado el número de empresas de una a tres, existiendo una modificación de la oferta que excede de la subsanación formal y no admisible.”

Con cita de diversa jurisprudencia y doctrina, la Mesa de Contratación acordó excluir a CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS HERMANOS GARCÍA LLORENTE, S.L. “*por no cumplir con lo dispuesto en el Pliego, no habiendo atendido de forma correcta el requerimiento de subsanación, de conformidad con lo establecido en el mismo, así como su notificación*”, y requerir la correspondiente documentación a CONSTRUCCIONES DÍAZ GARCÍA, S.L., conforme al orden de prelación resultante de la valoración de las ofertas.

Dicha exclusión fue notificada al licitador, si bien en el expediente remitido a este Tribunal no consta la fecha de dicha notificación.

El 12 de julio la Mesa de Contratación examinó la documentación presentada por CONSTRUCCIONES DÍAZ GARCÍA, S.L., concluyendo que la misma era correcta y formulando propuesta de adjudicación del contrato en su favor, que se

produjo mediante Resolución del Alcalde del Ayuntamiento de Milagro de 12 de julio de 2021.

TERCERO.- Con fecha 14 de julio de 2021, CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS HERMANOS GARCÍA LLORENTE, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente al acuerdo de la Mesa de Contratación, de 6 de julio, por el que se le excluye del procedimiento de adjudicación del contrato, formulando las siguientes alegaciones:

1ª. Que la Mesa de Contratación, de cara a justificar la exclusión, señala que no consta la parte del contrato que va a ser objeto de subcontratación, justificando que dicha información no puede desprenderse de la documentación aportada, y señalando que debe ser en el propio documento de compromiso donde debe constar la parte del contrato que se va a subcontratar, no siendo válida la declaración de la licitadora, por lo que consideró no subsanado el defecto formal.

Que no comparten dicha argumentación, ya que la cláusula 14.6 del pliego en ningún momento dice que sea la subcontratada la que tenga que decir la parte del contrato que va a ejecutar, y mucho menos que lo declarado por la licitadora carezca de validez de cara a justificar lo exigido por el pliego, remitiéndose al literal de dicha cláusula:

“6. Si la licitadora pretende subcontratar con Centros Especiales de Empleo o Centros de Inserción Social parte de las prestaciones objeto del contrato, deberá aportar una relación exhaustiva de las subcontratistas y un documento original que demuestre la existencia de un compromiso formal con tales empresas especificando la parte del contrato que va a ser objeto de subcontratación con cada empresa. Dicha relación vendrá acompañada de una declaración responsable del subcontratista de que está de acuerdo en cumplir las condiciones del contrato y que no concurre en ninguna de las circunstancias del artículo 22.”

Que, respecto al “documento original que demuestre la existencia de un compromiso formal con tales empresas especificando la parte del contrato que va a ser objeto de subcontratación con cada empresa”, el pliego habla de documento y no

documentos en plural, por lo que viene a exigir que sea la licitadora la que presente un único documento.

Que, de dicha redacción, entiende que debe ser la licitadora quien presente: 1) Relación de subcontratas; 2) con un documento original que especifique el compromiso; 3) y las partes que se subcontratan.

Que *“lo que se hace es presentar un documento original de HGL donde se demuestra el compromiso para ejecutar la obra indicando la relación de partidas a ejecutar por las subcontratadas (doc. N°12), por lo que claramente se puede observar las partidas en las que participa cada subcontratista cumpliendo con lo exigido en el Pliego, todo ello unido a los compromisos aportados por la subcontratistas de cumplir con las condiciones del contrato (doc. 8 a 11)”*, con lo que en su declaración figuran las tres empresas subcontratadas y las partidas y unidades de obra que van a ejecutar.

Que, respecto a la declaración responsable del subcontratista de que está de acuerdo en cumplir las condiciones del contrato y que no concurre en ninguna de las circunstancias del artículo 22 de la LFCP, sí se especifica expresamente que la declaración debe ser del subcontratista, habiéndose presentado declaraciones de las tres empresas.

Que, por todo lo expuesto, la documentación aportada en el periodo de subsanación es suficiente para tener por acreditado lo dispuesto en la cláusula 14.6 del pliego, no procediendo la exclusión por tal motivo.

2ª. Que no se ha producido una modificación de la oferta presentada, señalando que el único documento presentado en la oferta para acreditar el porcentaje del precio de adjudicación a subcontratar con centros especiales de empleo y/o empresas de inserción fue el anexo III, en donde se ofertó un 15%.

Que, a la hora de presentar la documentación acreditativa de la capacidad y la solvencia de la adjudicataria, únicamente presentó el escrito de compromiso de Josenea Bio, S.L., sin que ello supusiera que dicho centro era el único centro especial de empleo con el que se iba a subcontratar, *“ya que a todas luces se pudo observar que la*

documentación aportada era incompleta y es por lo que la propia Mesa de contratación solicitó su subsanación”.

Que “Posteriormente y tras el requerimiento de subsanación solicitado por la Mesa de Contratación, esta parte presenta la declaración de las subcontratas junto con las partidas a ejecutar de la obra señalado a las 3 empresas a subcontratar: JOSENEA BIO SLU – VARAZDIN y SERVICIOS INSERLANTXO SL; sin que esto pueda suponer una modificación de nuestra oferta, ya que lo único que se había indicado en nuestra oferta era que el % a subcontratar del precio de adjudicación era del 15%”.

Con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2009, concluye que la exclusión es contraria a los principios que regulan la contratación pública.

3ª. Que, con carácter subsidiario, la Mesa de Contratación debería haber iniciado un último trámite de subsanación o aclaración respecto de la documentación aportada, y no acordar su exclusión directamente.

Que ello no infringiría el principio de igualdad entre licitadores, pues es un trámite obligado para las Administraciones públicas por la Ley 39/2015 “*y que por ello siempre se aplicará en el mismo sentido*”.

Que la exclusión sin dar la posibilidad de subsanación contraviene la doctrina más reciente, citando a este respecto la Resolución 225/2021, de 5 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Atendiendo a lo expuesto solicita que, previa suspensión del procedimiento, se anule el acuerdo adoptado y, considerando que la documentación aportada es correcta, se realice la propuesta de adjudicación, y subsidiariamente, se acuerde la retroacción del procedimiento para conceder el trámite de subsanación.

CUARTO.- Con fecha 15 de julio este Tribunal notificó al reclamante y al órgano de contratación un oficio en el que se señala, respecto a la solicitud de suspensión del procedimiento de licitación, que la misma opera automáticamente

conforme a lo dispuesto en el artículo 124.4 de la LFCP, sin que proceda resolver expresamente sobre la misma.

QUINTO.- Con fecha 14 de julio se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 19 de julio, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el 20 de julio el órgano de contratación aportó, dentro del plazo concedido, el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones en el que señala lo siguiente:

1ª. Que del propio expediente se desprende que es imposible conocer qué parte del contrato va a ejecutar la subcontratista Josenea, en los términos en que fue requerida la licitadora por la Mesa.

Que se mantuvieron conversaciones telefónicas con la recurrente acerca del requerimiento enviado y la forma de cumplirlo, pretendiendo ahora que sea la Mesa de Contratación la responsable de no poder dar contestación al requerimiento de subsanación de forma correcta y de conformidad con lo establecido en el pliego.

Que, en relación con la interpretación que realiza la reclamante respecto a la documentación que debe aportarse en cumplimiento de la cláusula 14.6 del pliego, *“No entiende esta parte cómo se puede afirmar por la recurrente que porque el apartado diga “y un documento original que demuestre la existencia de un compromiso formal con tales empresas especificando la parte del contrato que va a ser objeto de subcontratación con cada empresa”, como hace referencia a documento y no*

documentos en plural, se exige que la licitadora presente un único documento, y por lo tanto, el documento tenga que ser suscrito por la licitadora, pretendiendo, por lo tanto, que la declaración de responsable aportada sea considerada válida a los efectos de justificar el compromiso formal con las empresa, reiterar que carece de fundamento.

El compromiso deberá de ser suscrito por la subcontratista porque es ella la que se está comprometiendo no la licitadora en este trámite de presentación de documentación.

*Es evidente, que la recurrente tenía conocimiento la forma de plasmar ese compromiso porque así fue aportado **el primer compromiso presentado por la licitadora, que es firmado por la subcontratista**, intentando ahora hacer ver que el Pliego no exige que en el compromiso debe participar la subcontratista.*

Precisamente, el primer documento presentado de compromiso de subcontratación venía firmado por la empresa subcontratista y al parecer, como no ha logrado en el plazo de 5 días, que la subcontratista firme el documento de conformidad con el requerimiento enviado, opta por presentar una declaración de responsable firmada por la propia licitadora en la que la subcontratista no lo suscribe, por lo que, dicha declaración responsable no es un documento que justifique el compromiso formal con la empresa subcontratista.”

*Que “Claramente, en dicho apartado del Pliego se establece que el documento original que demuestre la existencia de un compromiso formal con tales empresas debe **especificar la parte del contrato que va a ser objeto de subcontratación con cada empresa**, por lo que como hemos dicho, para nada la documentación presentada por la licitadora en el trámite de subsanación cumple con lo establecido en el Pliego, porque es imposible saber qué parte del contrato se va a ejecutar por la subcontratista, siendo los Pliegos la ley del contrato que vincula tanto a los licitadores como al órgano de contratación”, citando a este respecto el Acuerdo 119/2020, de 15 de diciembre, de este Tribunal.*

2ª. Que en el trámite de subsanación concedido la licitadora amplió el número de empresas subcontratistas de una a tres, existiendo una modificación de la oferta que excede de la subsanación formal, no siendo admisible.

Que “La subcontratista Josenea suscribe el documento presentado en el trámite de subsanación con fecha 23 de junio de 2021, la misma fecha que consta en el compromiso presentado anteriormente, pero toda la documentación que aporta es de fecha 1 de julio de 2021, por lo tanto de fecha posterior al propio trámite del plazo de 7 días otorgado para que la licitadora que va a ser propuesta como adjudicataria presente la documentación que establece el apartado 14 del Pliego, lo que conlleva a una modificación de la oferta y la quiebra del principio de igualdad y de la libre concurrencia, en el caso de estimación de la presente reclamación”.

Reitera, a este respecto, la jurisprudencia y la doctrina citadas en el acta de la Mesa de Contratación de 6 de julio y en el acuerdo de exclusión del reclamante.

3ª. Que, respecto a la petición subsidiaria relativa a la concesión de un trámite de subsanación, “precisamente la Mesa le ha otorgado el trámite de subsanación, por lo que la recurrente parece que quiere decir que la Mesa le otorgue un trámite de subsanación de la subsanación, trámite que los tribunales no lo consideran ajustado por conculcar el principio de igualdad”, citando las Resoluciones 74/2012, 747/2016, 199/2018, todas ellas del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como la Resolución 319/2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de Madrid.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la desestimación de la reclamación interpuesta.

SEXTO.- El 21 de julio el órgano de contratación presentó una corrección del índice del expediente remitido a este Tribunal.

SÉPTIMO.- El 21 de julio se dio traslado de la reclamación a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, no habiéndose formulado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra y, de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los actos de trámite o definitivos que excluyan a los licitadores.

SEGUNDO.- La reclamación formulada se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo y legítimo, conforme a los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación el acuerdo de la Mesa de Contratación por el que se excluye al ahora reclamante del procedimiento de adjudicación por no presentar correctamente la documentación relativa a la subcontratación con centros especiales de empleo y/o empresas de inserción, ni tras la primera solicitud, ni en fase de subsanación. Resultando como hecho controvertido el contenido de dicha documentación y su ajuste a lo dispuesto en los pliegos.

Para el órgano de contratación la exclusión se ajusta a la legalidad y viene motivada, por un lado, por considerar que el compromiso presentado por la primera de las subcontratistas no cumple con la previsión del pliego regulador, en concreto porque no consta la parte del contrato que va a ser objeto de subcontratación, ni puede desprenderse de la documentación aportada en fase de subsanación, máxime cuando

debe ser en el propio compromiso, y no en una declaración de la licitadora, donde debe constar la parte del contrato que va a ser objeto de subcontratación; y, por otro, porque existe una modificación de la oferta que excede de la subsanación formal y que no resulta admisible, dado que con ocasión del trámite de subsanación el licitador ha ampliado de una a tres el número de empresas subcontratistas.

El reclamante por su parte discute la concurrencia de ambas causas de exclusión y solicita, subsidiariamente, la concesión de un nuevo trámite de subsanación, alegando que debiera haberse producido en lugar de acordarse su exclusión.

Delimitado en tales términos el objeto del debate, conviene recordar lo previsto en el pliego regulador del contrato, que vincula a las partes en su condición de “lex contractus”, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1 de la LFCP y conforme a lo señalado reiteradamente por la doctrina, por todos, el Acuerdo 47/2021, de 20 de mayo, de este Tribunal.

Al respecto debemos partir de lo dispuesto en la cláusula 9.2 que señala que en el sobre número 3, documentación relativa a criterios cuantificables mediante fórmulas, debe incluirse el “*porcentaje de subcontratación respecto del precio de adjudicación que se subcontratará con Centros Especiales de Empleo y/o Empresas de Inserción Social*”, así como que la propuesta se hará de acuerdo con el modelo incluido en el anexo III, que establece “*Criterio social: (porcentaje del precio de adjudicación que se subcontratará con Centros Especiales de Empleo y/o Empresas de Inserción).....%*”.

Por su parte, la cláusula 10ª que establece criterios sociales de adjudicación valorables con hasta 10 puntos, siendo el primero de ellos el siguiente: “*Se valorará con hasta 6 puntos a las licitadoras que se comprometan a subcontratar un porcentaje del precio de adjudicación del contrato a través de Centros de Inserción Sociolaboral y/o Centros Especiales de Empleo. Se asignarán 2 puntos a la licitante que ofrezca la subcontratación en, al menos, un 5 por 100 del precio de adjudicación; 4 puntos a la licitante que ofrezca subcontratación por, al menos, un 10 por 100 del precio de adjudicación; y 6 puntos al licitante que ofrezca subcontratar, al menos, un 15 por 100 del precio de adjudicación*”. Posibilidad que se corresponde con lo previsto en el

artículo 64.6 de la LFCP “*Los criterios de adjudicación de carácter social deberán tener una ponderación de al menos el 10% del total de puntos.*”

Seguidamente la cláusula 14ª, referida a la aportación de la documentación para acreditar la capacidad y la solvencia por la adjudicataria, señala que “*En el plazo máximo de 7 días naturales desde la comunicación por parte de la Mesa de Contratación de la propuesta de adjudicación, la licitadora presentará la siguiente documentación: (...). 6. Si la licitadora pretende subcontratar con Centros Especiales de Empleo o Centros de Inserción Social parte de las prestaciones objeto del contrato, deberá aportar una relación exhaustiva de las subcontratistas y un documento original que demuestre la existencia de un compromiso formal con tales empresas especificando la parte del contrato que va a ser objeto de subcontratación con cada empresa. Dicha relación vendrá acompañada de una declaración responsable del subcontratista de que está de acuerdo en cumplir las condiciones del contrato y que no concurre en ninguna de las circunstancias del artículo 22.*

(...).

La falta de aportación de la documentación necesaria en dicho plazo supondrá la exclusión de la licitadora del procedimiento, con el abono por parte de ésta de una penalidad equivalente al 5% del importe estimado del contrato e indemnización complementaria de daños y perjuicios en todo lo que exceda dicho porcentaje”.

Cláusula que está relacionada con el artículo 55 de la LFCP, denominado “Justificación de los requisitos para contratar”, cuyo apartado 8º señala que “*En todo caso, la persona a cuyo favor vaya a recaer la propuesta de adjudicación deberá acreditar la posesión y validez de los documentos y requisitos exigidos en el plazo máximo de siete días desde que se le requieran*”.

SEXTO.- Expuesto el marco normativo de referencia para dilucidar la cuestión, comenzaremos con el análisis de las cuestiones discutidas, en concreto con la primera de las planteadas. Como hemos señalado, la discrepancia de las partes deriva de la diferente interpretación que realizan de la cláusula 14.6 del pliego regulador del contrato, que prevé lo siguiente “*En el plazo máximo de 7 días naturales desde la comunicación por parte de la Mesa de Contratación de la propuesta de adjudicación, la licitadora presentará la siguiente documentación: (...).*

6. Si la licitadora pretende subcontratar con Centros Especiales de Empleo o Centros de Inserción Social parte de las prestaciones objeto del contrato, deberá aportar una relación exhaustiva de las subcontratistas y un documento original que demuestre la existencia de un compromiso formal con tales empresas especificando la parte del contrato que va a ser objeto de subcontratación con cada empresa. Dicha relación vendrá acompañada de una declaración responsable del subcontratista de que está de acuerdo en cumplir las condiciones del contrato y que no concurre en ninguna de las circunstancias del artículo 22.”

De dicha regulación, entiende el reclamante que debía presentar la relación de subcontratistas, un documento que especificara el compromiso y las partes que se subcontratan - debiéndose suscribir este por el propio licitador, y no por los subcontratistas, por la utilización del singular “documento original” -, así como la declaración responsable de los subcontratistas.

De adverso, interpreta el órgano de contratación que el compromiso debe estar suscrito por los subcontratistas, tal y como sucedió con el compromiso de Josenea Bio, S.L.U. presentado en primera instancia, alegando que la interpretación que realiza el reclamante respecto al singular “documento original” carece de fundamento. Asimismo, añade que la declaración presentada por el licitador imposibilita conocer las partes del contrato que van a ser subcontratadas.

Pues bien, llegados a este punto conviene recordar lo dispuesto en nuestro Acuerdo 38/2021, de 15 de abril, en relación con la interpretación de las cláusulas: *“También este Tribunal se ha pronunciado sobre la aplicación supletoria, en la interpretación de los pliegos, de las normas del Código Civil correspondientes a las reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil que, como señala el Tribunal Supremo en Sentencia 197/2007, de 1 de marzo, constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial, y prioritario, la correspondiente al párrafo primero del artículo 1281 del Código Civil. De tal manera, que si la claridad de los términos de un contrato no dejan dudas sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas de los artículos siguientes, que vienen a funcionar*

con carácter subsidiario, respecto a la que preconiza la interpretación literal, cuando tal claridad no concurre.

Así lo hemos señalado, entre otros, en nuestro Acuerdo 15/2021, de 9 de febrero, en el que con cita del Acuerdo 11/2021, de 3 de febrero, sobre este particular, expusimos que “(...) Sobre la cuestión relativa a la interpretación de las cláusulas contenidas en los pliegos reguladores de los contratos, en nuestro Acuerdo 97/2020, de 23 de octubre, señalamos que “Respecto a la interpretación de los pliegos, la Resolución 402/2014, de 23 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, señala que “Como ya ha precisado reiteradamente este Tribunal, sirva de ejemplo la reciente Resolución n° 173/2014, de 28 de febrero, las cláusulas de los pliegos han de ser claras, evitando interpretaciones contradictorias, sin que la ambigüedad u oscuridad en su redacción puedan perjudicar a los licitadores.

Igualmente este Tribunal ratifica su doctrina en cuanto a los criterios de interpretación a tener en cuenta respecto del pliego que no dejan de ser los que disponen los artículos 1281 al 1289 del Código Civil, sentido literal de sus cláusulas si los términos son claros, interpretación teleológica y también la interpretación lógica del clausulado (Resolución n° 199/2014, de 11 de febrero).

En esas resoluciones (por todas, la Resolución n° 049/2011, de 24 de febrero) ya señalábamos que si las dudas de interpretación en los pliegos no es posible solventarlas de acuerdo con las previsiones de la Ley de Contratos del Sector Público, debe acudir al Código Civil, cuyo artículo 1.288 dispone que “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”.

(...).

Como indicamos en nuestro Acuerdo 77/2020, de 11 de septiembre, en la interpretación de los pliegos es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas; refiriéndose, entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009, a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No pudiéndose olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en

materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquellos coetáneos y posteriores al contrato.”

Pues bien, acudiendo al primero de los criterios interpretativos señalados, consistente en la interpretación literal, se observa cómo el pliego exige la presentación de un “*documento original que demuestre la existencia de un compromiso con tales empresas especificando la parte del contrato que va a ser objeto de subcontratación con cada empresa*”, de tal forma que, si bien es cierto que alude a “un documento”, en singular, el mismo tiene por finalidad acreditar la existencia de un “compromiso” con los subcontratistas, siendo las dos primeras acepciones de dicha palabra, según el Diccionario de la RAE, “Obligación contraída” y “Palabra dada”, resultando evidente que únicamente puede acreditarse tal circunstancia por quien contrae la obligación o da la palabra, en este caso, los subcontratistas.

A mayor abundamiento, se ha de recordar que con ocasión del requerimiento de subsanación se especificó al licitador que el documento presentado “*de la existencia de un compromiso formal con tales empresas no especifica la parte del contrato que va a ser objeto de subcontratación con cada empresa*”, habiéndose suscrito únicamente con uno de los subcontratistas.

Debiendo concluir, en consecuencia, que la declaración presentada por el reclamante a modo de compromiso no sirve de acreditación como pretende, debiendo haberse suscrito por los propios subcontratistas, tal y como el reclamante hizo y entendió en un primer momento.

De igual modo, se ha de señalar, como alega el órgano de contratación, que dicha declaración tampoco detalla la parte del contrato que va a ejecutar cada subcontratista, ya que se señala que cada una de las unidades de obra especificadas serán realizadas por las tres empresas, habiéndose aportado únicamente una carta de compromiso suscrita por una de ellas (Varazdin Empresa de Inserción Sociolaboral, S.L. , documento 11 anexo a la reclamación) en donde sí consta el compromiso de dicha empresa para la ejecución de unos trabajos concretos. Por lo tanto, cabe concluir que el reclamante debió presentar una carta de compromiso similar respecto a cada uno de los subcontratistas, contraviniendo lo previsto en el pliego.

Es por ello que este Tribunal considera que el reclamante no aportó la documentación prevista en la cláusula 14.6 del pliego regulador del contrato, siendo la exclusión acordada por tal motivo conforme a derecho

De manera complementaria a este motivo, se solicita por el reclamante subsidiariamente, la concesión de un segundo trámite de subsanación. Cita, a este respecto, la Resolución 225/2021, de 5 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, doctrina que no resulta de aplicación al supuesto que analizamos, por cuanto en el presente se ha sustanciado trámite de subsanación, a diferencia del esgrimido, donde el órgano de contratación excluyó al licitador al apreciar defectos en la documentación aportada, sin darle la oportunidad de su corrección.

A ello debemos añadir que tal pretensión, como señala el órgano de contratación, ni siquiera está prevista legalmente, por cuanto los artículos 51.2 y 96 de la LFCP no lo establecen. Así, señala el primero de dichos artículos que *“Cuando la Mesa de Contratación aprecie defectos subsanables en la documentación acreditativa de la personalidad, la capacidad o la solvencia, dará a la persona afectada un plazo mínimo de 5 días para que los corrija, advirtiéndole de que en caso contrario se procederá a su inadmisión”*, y el segundo que *“En los casos en que la documentación acreditativa de la personalidad, capacidad, solvencia económica y financiera y técnica o profesional sea incompleta o presente alguna duda, se requerirá a la persona afectada para que complete o subsane los certificados y documentos presentados, otorgándole un plazo de, al menos, cinco días. Si transcurrido el plazo de subsanación no se ha completado la información requerida, se procederá a su exclusión en el procedimiento, dejando constancia documental de ello”*.

Sin que tampoco el pliego regulador del contrato contemple este nuevo trámite de subsanación que se reclama. Al respecto consideramos que resulta suficientemente expresiva la Resolución 199/2018, de 2 de marzo, del TACRC, que alega el órgano de contratación, y en la que se señala que *“Hay que hacer notar que ambos requerimientos de subsanación se referían a la documentación aportada por el licitador D. J. M. J. S. que, por renuncia del primer clasificado, había sido considerado como presentador de*

la oferta económicamente más beneficiosa para la Administración y que, por ello había sido también requerido, en base al art. 151,2 del TRLCSP, con fecha 29 de Septiembre de 2017 para la presentación de la documentación necesaria para la formalización del contrato concediéndole un plazo de diez días para la aportación de los documentos previos a la adjudicación, lo que significa que los dos plazos de subsanación se habían otorgado después de habersele otorgado el plazo general de aportación documental de diez días al que se refiere el art. 151,2 del TR citado.

A la vista de todo lo anterior y con fundamento en todo lo ahora expuesto, este Tribunal tiene que estimar la pretensión de la parte recurrente, toda vez que el otorgamiento de los dos plazos de subsanación de tres días cada uno, tras el otorgamiento de los primeros diez días, rebasan ampliamente los plazos legalmente establecidos y constituye una flagrante vulneración del principio de igualdad, al haberse otorgado al licitador D. J. M. J. S. un mayor plazo para la acreditación de su solvencia que a los demás licitadores, excediendo claramente el plazo general de diez días del art. 151,2 del TRLCSP, y constituyendo también esta actuación también una vulneración del 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, que, al regular las subsanaciones, dispone:

“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”.

En este sentido ahora expuesto cabe citar varias resoluciones de este Tribunal, entre otras, la número 1167/2017, de 12 de diciembre de 2017, en la que con cita de la número 747/2016, se afirma que por razones de seguridad jurídica no cabe sino admitir y calificar únicamente la suficiencia de los documentos presentados por los licitadores dentro de plazo, “sin que sea admisible, so pena de conculcar el principio de igualdad de trato entre los licitadores, una eventual subsanación de la subsanación”.”

Resultando que la concesión del nuevo trámite de subsanación que se solicita vulneraría el principio de igualdad de trato entre licitadores previsto en el artículo 2.1 de la LFCP.

Por todo ello, el motivo de impugnación ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- En relación con la segunda de las causas en la que el órgano de contratación fundamenta la exclusión, debemos verificar si efectivamente puede considerarse un modificación de la oferta la documentación aportada por el reclamante en el trámite de subsanación, ampliando de una a tres el número de empresas subcontratistas.

Alega el reclamante que el único documento que aportó en relación con la oferta relativa a la subcontratación fue el anexo III, indicando el porcentaje del precio de adjudicación que subcontrataría con centros especiales de empleo y/o empresas de inserción señalando el 15% (documento 71 del expediente). Añade que la presentación del compromiso con la primera de las subcontratistas (Josenea Bio, S.L.) no suponía que esta fuera la única, ya que la documentación aportada era incompleta y así lo entendió la Mesa de Contratación al realizar el requerimiento de subsanación. Alude, a este respecto, a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2009, conforme a la cual la inadmisión de proposiciones por simples defectos formales que pueden ser fácilmente subsanados resulta contraria al principio de concurrencia.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que en el trámite de subsanación concedido el reclamante se amplió el número de empresas subcontratistas de una a tres, modificando así la oferta, hecho que queda acreditado porque la documentación aportada está fechada el 1 de julio, fecha posterior a la del propio requerimiento de subsanación.

Pues bien, tal y como resulta del expediente de contratación y las partes no discuten, el reclamante presentó en un primer momento un compromiso de subcontratación de la empresa Josenea Bio, S.L.U. fechado el 23 de junio, aportando posteriormente, tras el requerimiento de subsanación, declaraciones de la misma empresa (también fechada el 23 de junio), así como de las otras dos subcontratas: Servicios Inserlantxo, S.L. y Varazdin Empresa de Inserción Sociolaboral, S.L., ambas de 1 de julio, y una carta de compromiso de esta última empresa, de igual fecha.

Por lo tanto, se verifica que, con ocasión del trámite de subsanación, el reclamante aportó declaraciones de dos empresas de inserción a las que no se aludía en la documentación remitida en un primer momento, y que están fechadas tras la realización del citado requerimiento, debiéndose examinar si este hecho supone o no una modificación de la oferta, siendo esta la cuestión discutida por las partes.

Pues bien, conforme al pliego regulador de la licitación reproducido en nuestro anterior fundamento, debemos remitirnos al contenido de la cláusula 9.2, en lo referido al sobre número 3, en el que se señala que la oferta relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas debe realizarse conforme al modelo del anexo III, que establece únicamente la necesidad de indicar un porcentaje de subcontratación, debiendo circunscribirse el contenido de la cláusula 14.6 a la aportación de la documentación, en una fase posterior, referida a la acreditación de la capacidad y la solvencia exclusivamente de la adjudicataria, señalando al respecto que la documentación relativa a la subcontratación a realizar con los centros especiales de empleo y las empresas de inserción debe aportarse en el plazo de 7 días naturales desde la comunicación por la Mesa de Contratación de la propuesta de adjudicación.

Resultando por tanto que el pliego establece como criterio de adjudicación de carácter social valorable mediante la aplicación de fórmulas el porcentaje del precio de adjudicación a subcontratar con centros especiales de empleo y/o empresas de inserción, consistiendo la oferta a realizar en señalar únicamente dicho porcentaje, y exigiéndose la documentación relativa a la subcontratación – relación exhaustiva de subcontratistas, documento original que demuestre el compromiso de subcontratación especificando la parte del contrato que va a ser objeto de la misma, y declaración responsable del subcontratista de conformidad con el cumplimiento de las condiciones del contrato y de la no concurrencia de ninguna prohibición de contratar conforme al artículo 22 de la LFCP – únicamente al licitador a favor del que recayera la propuesta de adjudicación.

Llegados a este punto, lo determinante para la correcta resolución del conflicto es verificar si la subsanación posterior, con la aportación de documentación tras el requerimiento de la Mesa de Contratación, merece la calificación de oferta y, en caso

afirmativo, si se ha producido la modificación de esta como consecuencia de la cumplimentación del requerimiento de subsanación.

Sobre ello, cabe traer a colación, en primer lugar, el Acuerdo 72/2020, de 26 de agosto, de este Tribunal, que resuelve un supuesto similar al analizado:

“Así debemos reproducir en primer lugar lo establecido en la cláusula J de las condiciones particulares del contrato en el que se indica que en el sobre C, relativo a la “Oferta con criterios cuantificables por fórmula”, debe incluirse el Anexo II, que contendrá la oferta del criterio de carácter social (además de la oferta económica, del plazo de ejecución de las obras y de la ampliación del plazo de garantía):

“4- CRITERIO DE CARÁCTER SOCIAL

Debe indicarse el porcentaje del presupuesto del Proyecto de Obra que se compromete a subcontratar a través Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro o Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o Empresas de Inserción.

La persona licitadora debe indicar además del porcentaje que va a subcontratar, la referencia expresa de las unidades de obra que serán objeto de la subcontratación con los Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro o Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o Empresas de Inserción. Asimismo, deberá aportar el documento que demuestre la existencia del compromiso formal con la/s persona/s subcontratista/s para la ejecución de las unidades de obra que se ha indicado.

En el caso de resultar la persona licitadora adjudicataria, deberá acreditar a NASUVINSA el cumplimiento del presente criterio.”

Asimismo, en la cláusula M, se establece entre los criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmulas, el citado criterio social previéndolo del siguiente modo:

“4- Criterios de carácter social (máximo 20 puntos)

Se otorgará la puntuación máxima a la oferta de la empresa licitadora que presente mayor porcentaje económico del presupuesto del Proyecto de la obra subcontratado con empresas que sean Centro especial de empleo sin ánimo de lucro, Centro Especial de Empleo de iniciativa social o Empresa de inserción, en los términos previstos en la LFC.

A la oferta que se comprometa a subcontratar un mayor % del presupuesto se le otorgarán 20 puntos. A la oferta que no se comprometa a subcontratar ningún % se le otorgará 0 puntos y al resto de forma proporcional.

En el caso en el que la persona licitadora sea un Centro especial de empleo sin ánimo de lucro o un Centro Especial de Empleo de iniciativa social o una Empresa de Inserción obtendrá 20 puntos.

Es necesario aportar la documentación que se indica en el apartado J Sobre C del presente documento (unidades de obra que serán objeto de la subcontratación con los Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro o Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o Empresas de Inserción y el documento que demuestre la existencia del compromiso formal con la/s persona/s subcontratista/s para la ejecución de las unidades de obra que se ha indicado previamente).”

Sin embargo, a diferencia del presente, la documentación acreditativa de la subcontratación debía presentarse junto con la oferta, que consistía en el porcentaje a subcontratar, calificando igualmente este Tribunal dicha documentación como complementaria, y concluyendo que la oferta consistía en el porcentaje de subcontratación, que además debía realizarse conforme al modelo contenido en el anexo correspondiente, manifestando lo siguiente: *“De igual modo, ha de señalarse que los licitadores son responsables de sus ofertas y de los términos en que estas son realizadas, para lo que resulta exigible un mínimo de diligencia por su parte, no pudiendo el órgano de contratación modificar estas ni subsanar los defectos de que adolezcan. A este respecto, el Acuerdo 74/2019, de 16 de septiembre, señala:*

“Con carácter general cabe señalar que la oferta constituye la declaración de voluntad mediante la que el licitador manifiesta su disposición a obligarse con la entidad contratante en los concretos términos que, con sujeción a lo establecido en los pliegos, oferte en su proposición. En cuanto manifestación de la voluntad del contratista, la oferta constituye un presupuesto esencial del contrato administrativo, sin cuyo concurso no puede llegar a existir el contrato.

Así las cosas, conforme a lo exigido en el pliego en relación con la forma y contenido de las proposiciones, la oferta a realizar se formaliza a través de la cumplimentación del modelo de Anexo III donde se indican los aspectos que son objeto de valoración, siendo lo indicado en tal modelo la declaración de voluntad en tal sentido formulada por el licitador; y ello sin perjuicio de la presentación de

documentación complementaria que, en atención a tal carácter, en ningún caso puede enervar o primar sobre la literalidad de la oferta, es decir, sobre lo consignado en el modelo exigido, de manera preceptiva, por el pliego. Por ello, la incorporación de un certificado referido a un modelo distinto no puede ser, como así sucedió, tomada en consideración; (...).”

Igualmente, en nuestro Acuerdo 36/2020, de 10 de junio, también se valoraba un criterio análogo, debiéndose presentar junto con la oferta la documentación justificativa de la subcontratación. Alegaba el reclamante que “1º. *Que tal y como consta en el acta de calificación del Sobre C, que se adjunta, CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK aportó un certificado indicando la subcontratación de un 7,8% con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción, pero no hizo referencia expresa a las unidades de obra, ni aportó el documento que demuestre la existencia de un compromiso formal con aquellos, lo cual resulta exigible con arreglo a las condiciones particulares del contrato*”, argumentando el órgano de contratación “*Que procedía solicitar la aclaración, dado el carácter accesorio de la información requerida, que en ningún caso es de naturaleza material o esencial, dado que lo que se valoraba en el criterio de adjudicación social no era otra cosa que el porcentaje de obra que sería subcontratado a un centro especial de empleo*”.

Continúa el acuerdo “*Como hemos señalado anteriormente, mediante el criterio de adjudicación de carácter social, se valora el porcentaje del presupuesto que cada persona licitadora va a subcontratar con un centro especial de empleo o una empresa de inserción; criterio respecto al cual el apartado j) de las condiciones particulares del pliego regulador exige una serie de formalidades, a saber, indicar a qué unidades de obra afectará la subcontratación y aportar la documentación que demuestre la existencia del compromiso formal a tales efectos.*

Resulta admitido por las partes que CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK en su proposición únicamente señaló el porcentaje de subcontratación, lo que motivó que la mesa de contratación solicitara aclaraciones complementarias al respecto, admitiendo la documentación aportada por ésta en dicho trámite, valorando este concreto apartado teniendo en cuenta tal documentación; debiendo dilucidar este Tribunal si la decisión en tal sentido adoptada por la mesa de contratación resulta ajustada a derecho.”

Para concluir que “De este modo, como recuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 68/2019, de 1 de febrero, siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas, lo decisivo es que la aclaración no propicie el otorgamiento de un trato de favor a un interesado en detrimento de los demás licitadores, en el sentido de que diera lugar a que aquél, después de conocer el contenido de las otras ofertas, pudiera alterar la proposición inicialmente presentada. Así, el límite de las posibilidades de subsanación no se halla tanto en el tipo de documento que contiene el error, como especialmente en la naturaleza de la equivocación y en los efectos que de su corrección pudiesen derivarse para el resto de licitadores; resultando de especial relevancia que por la vía de la subsanación o aclaración de ofertas no se pretenda alterar el principio de invariabilidad de las ofertas en perjuicio de los demás licitadores concurrentes o la corrección de errores que excedan por su naturaleza de los meramente formales. (...).

Así pues, en contra de lo manifestado por las reclamantes, resulta ajustado a derecho la sustanciación del trámite de aclaración o subsanación de errores u omisiones puramente formales apreciados en la documentación correspondiente a los criterios cuantitativos; calificación que merece la omisión documental apreciada en el Sobre C de la proposición presentada por CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK, puesto que conforme al pliego el aspecto objeto de valoración es el porcentaje del presupuesto que se compromete a subcontratar, lo que sí se indica en la oferta inicialmente presentada, no constituyendo el reiterado compromiso parte material de la oferta ni siendo determinante para la puntuación. Restando analizar si en el caso concreto, en su ejercicio, se ha respetado el límite antes referido de imposibilidad de que el licitador afectado, mediante la subsanación realizada, modifique su oferta después de haber sido presentada. Veámoslo.

Según consta en el expediente, la Mesa de Contratación, tras la apertura del Sobre C de las distintas proposiciones, comprueba que dicha licitadora presenta el Anexo II “Modelo de Oferta cuantificable mediante fórmulas”, indicando el porcentaje del presupuesto que se compromete a subcontratar, pero no la referencia expresa de las unidades de obra correspondientes ni el documento que demuestre la existencia del compromiso formal con la subcontratista; motivo por el cual, con fecha 7 de febrero de 2020, se le requiere a los efectos de subsanar las omisiones advertidas. Decisión que, como hemos razonado, resulta ajustada a la legalidad. (...).”.

Pues bien, la aplicación de la doctrina expuesta al caso que no ocupa, nos lleva a estimar la alegación formulada en este sentido, puesto que no puede considerarse la documentación complementaria aportada en trámite de subsanación, parte de la oferta misma, y consecuentemente no puede considerarse que su admisión implique una modificación de la oferta, con la lesiva consecuencia de la exclusión del licitador, como sostiene el órgano de contratación. En este sentido se ha de tener en cuenta que, en el caso analizado, los pliegos reguladores ni siquiera señalan que la documentación acreditativa de la subcontratación deba presentarse en el sobre C, junto con la oferta relativa a los criterios sociales, sino que se requiere únicamente al licitador a favor del que recaiga la propuesta de adjudicación, como señala la cláusula 14ª: “Aportación de la documentación para acreditar la capacidad y solvencia por la adjudicataria”. Resultando de lo previsto en el propio pliego que dicha documentación, no constituye la oferta del mismo, que se circunscribe al porcentaje de subcontratación a fijar conforme al modelo del anexo III), no resultando necesaria tampoco para su valoración, por cuanto su solicitud se realiza tras la atribución de las puntuaciones a las ofertas. A mayor abundamiento la propia Mesa de Contratación, en el requerimiento de documentación cursado al reclamante, transcribía el acta de 15 de junio redactada en los siguientes términos: *“Una vez valoradas las ofertas, y de conformidad con lo establecido en el Pliego, se acuerda por unanimidad, comunicar y requerir a la licitadora CNES. Y CONTRATAS HNOS. GARCÍA LLORENTE, S.L, por el plazo de 7 días naturales, para la presentación de la documentación señala en la cláusula 14 del Pliego, por ser la licitadora a favor de la cual se propondrá al órgano de contratación la adjudicación del contrato”*.

Resta por indicar que tampoco puede tener el efecto excluyente pretendido el hecho de que dos de las declaraciones presentadas estén firmadas con posterioridad a la realización del requerimiento de subsanación, pudiendo citarse al efecto nuestro Acuerdo 52/2021, de 8 de junio, en el que se planteaba la cuestión resultando admitida la misma con el siguiente razonamiento: *“Aduce la reclamante, en segundo lugar, que el acuerdo de subcontratación con GRUPO ASTER no es admisible como justificación de la solvencia técnica por ser de fecha posterior a la presentación de la oferta por la adjudicataria; extremo negado de contrario por la entidad contratante que sostiene que tal circunstancia resulta intrascendente, además de ser consecuencia del cumplimiento*

de las condiciones particulares que sólo exigen aportarlo, en su caso, a quien vaya a ser propuesto como adjudicatario del contrato.

Es un hecho acreditado por el expediente que la documentación aportada por VARAZDIN, con carácter previo a la propuesta de adjudicación, para justificar su solvencia y, ligada a ella, la relativa a la subcontratación parcial de la obra, tiene fecha de los días 15 y 16 de marzo de 2021, es decir, con posterioridad al requerimiento formulado con tal objeto por la Mesa de Contratación y, por tanto, también con posterioridad a que finalizara el plazo de presentación de ofertas.

Empero, debemos recordar nuevamente que las condiciones reguladoras no exigen la presentación de la relación de subcontratistas ni los documentos del compromiso formal con ellos; y, partiendo de ello, obligado es concluir que no cabe confundir la necesidad de que el requisito de solvencia exigido concorra en el momento en que finalice el plazo de presentación de proposiciones, como requisito necesario para concurrir al procedimiento, con su acreditación documental, en este caso, las declaraciones realizadas por los subcontratistas respecto a su capacidad y solvencia, así como los acuerdos de subcontratación. Resultando así que estas últimas podrán ser, por tal motivo, posteriores a la fecha de fin de presentación de ofertas, es decir, suscritas con motivo del requerimiento previo a la propuesta de adjudicación.

Así lo pone de relieve el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 668/2018, de 12 de julio, que este Tribunal comparte y conviene traer a colación por su similitud al caso que nos ocupa, pues refiriéndose a un supuesto en que el pliego exige que las condiciones de solvencia se acrediten mediante declaración responsable y determina la obligación del propuesto como adjudicatario de acreditar el cumplimiento de las citadas condiciones, que han de concurrir a la fecha límite de presentación de proposiciones, prevé también que cuando el licitador pretenda acreditar su solvencia mediante la solvencia y medios de otras entidades deberá justificar la suficiencia de dichos medios y presentar el documento correspondiente de compromiso de disposición de dichos medios; y analiza si tal acreditación ha tenido lugar en plazo, admitiendo que el documento de compromiso de disposición de los medios del tercero empleados para integrar su solvencia sea de fecha posterior a la fecha límite de presentación de proposiciones. Dice así la citada Resolución: (...).

Y esto es, como hemos apuntado, lo que acontece en el supuesto examinado, pues habiendo acreditado la adjudicataria que la solvencia de los subcontratistas existía en la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, no existe obstáculo legal al hecho de que el documento justificativo del compromiso correspondiente se suscriba con posterioridad a dicha fecha, cuando la Mesa de Contratación requirió su aportación; motivo por el cual procede también la desestimación de esta alegación.”

Por lo tanto, consideramos procedente su estimación. No obstante, y pese a su estimación debemos precisar su alcance, debiendo concluir que carece de efectos en el proceso de licitación, pues fundamentándose el acto de exclusión objeto de impugnación en la apreciación de dos motivos o causas de exclusión, y habiéndose desestimado la reclamación, por las razones expuestas en nuestro anterior fundamento de derecho, en lo que al otro de los motivos se refiere, subsiste la concurrencia de causa de exclusión de la reclamante que, como se ha razonado, resulta ajustada a la legalidad.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS HERMANOS GARCÍA LLORENTE, S.L. frente al acuerdo de la Mesa de Contratación, de 6 de julio de 2021, por el que se le excluye del procedimiento de adjudicación del contrato de *“Obras de adecuación pabellón municipal como espacio de ocio”*, licitado por el Ayuntamiento de Milagro.

2º. Notificar este acuerdo a CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS HERMANOS GARCÍA LLORENTE, S.L., al Ayuntamiento de Milagro, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3°. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 10 de septiembre de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer.
LA VOCAL, M^a Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.