



**Erref / Ref:** Recurso Especial “NUEVOS PROYECTOS PARA LA ADMINISTRACIÓN,SL” contra Acuerdo del Consejo de Gobierno 311/2017, de 30 de mayo, que excluye a dicha empresa del procedimiento de contratación para la adquisición y mantenimiento de un sistema informático de gestión integral municipal y de otros entes locales

**Esp Zenb / N° exp:** 2017/12- RE

### **RESOLUCIÓN N° 17/2017**

En Vitoria-Gasteiz, a 26 de julio de 2017.

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava (OAFRC) ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en el Recurso Especial en materia de contratación interpuesto por D. Enrique Jesús Martín Rodríguez, en representación de la empresa “NUEVOS PROYECTOS PARA LA ADMINISTRACIÓN, SL” contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno 311/2017, de 30 de mayo, que declara a dicha empresa excluida del procedimiento de contratación para la adquisición y mantenimiento de un sistema informático de gestión integral municipal y de otros entes locales.

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE “NUEVOS PROYECTOS PARA LA ADMINISTRACIÓN, SL” (NUPROA) y como DEMANDADA la DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA siendo el órgano de contratación (OC) el Consejo de Gobierno Foral de ésta última.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Por Acuerdo del Consejo de Diputados 477/2016, de 27 de julio, se aprobó la convocatoria por procedimiento abierto del contrato para la adquisición y mantenimiento de un sistema informático de gestión integral municipal y de otros entes locales, según el pliego de condiciones técnicas de este contrato mixto de servicios y suministros, calificado de servicios, con un presupuesto máximo del contrato de 1.045.000 € (IVA incluido).

**SEGUNDO.** El plazo de presentación de ofertas finalizó el 5 de septiembre de 2016 concurriendo las siguientes empresas: “Castilla La Mancha Servicios Tecnológicos, SLU”; “Nuevos Proyectos para la Administración Pública, SL” (en adelante, NUPROA) y



“Ayuntamientos Soluciones Informáticas, SLU” (en adelante, AYUNTAMIENTOS), resultando excluida “Castilla La Mancha Servicios Tecnológicos, SLU” por incumplimiento del pliego de condiciones técnicas (PCT).

**TERCERO.** Con fecha 16 de noviembre, la Mesa de contratación, una vez evaluados todos los criterios de adjudicación, formuló propuesta de adjudicación a favor de la mercantil NUPROA, siéndole notificado el 21 de diciembre el requerimiento de 9 de diciembre para que, a los efectos del artículo 151 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), en el plazo de diez días hábiles desde el siguiente al de recepción del mismo presentase, entre otros, la siguiente documentación: ... e) acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica de la empresa.

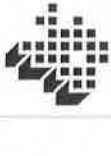
Con fecha de registro de correos 9 de enero de 2017, la empresa presenta en tiempo y forma documentación relativa al requerimiento, acompañando como documentación acreditativa de la solvencia por medios externos de “Gestión de la Innovación y Modernización, SL”(en adelante, GESTIÓN) el contrato elevado a escritura pública el 20 de enero de 2016 y las cuentas de los ejercicios 2014 y 2015 de dicha empresa depositadas e inscritas en el registro mercantil de Málaga en julio de 2014 y agosto de 2015, que se aceptaron y tuvieron por suficientes.

**CUARTO.** Por Acuerdo del Consejo de Diputados 48/2017, de 7 de febrero, se adjudicó el contrato a NUPROA en la cantidad de 820.437,50 € (IVA incluido), con un plazo de ejecución hasta 31 de diciembre de 2019.

Contra dicho Acuerdo la empresa AYUNTAMIENTOS interpuso el 27 de febrero de 2017 recurso especial en materia de contratación señalando, entre otros, como motivos del recurso el que la adjudicataria no cumplía los requisitos de solvencia técnica, económica y financiera fijados en el apartado O) del Anexo I del Pliego de Condiciones, al pretender justificar su solvencia integrando la misma a través de medios externos mediante una supuesta colaboración de GESTIÓN, empresa que está incurso en prohibición de contratar ex art. 60.1 c) en relación con el art. 60.3 del TRLCSP. En dicho recurso el informe del órgano de contratación solicitó la estimación parcial del mismo en la parte referida a la declaración de insolvencia judicial de GESTIÓN y sus efectos sobre la prohibición para contratar de la misma.

**QUINTO.** Con fecha 17 de abril este OAFRC dictó la Resolución 11/2017 estimatoria parcial del recurso dada la concurrencia de prohibición para contratar de GESTIÓN, en la que dejando sin efecto la adjudicación a favor de NUPROA, y sin exclusión automática de la oferta de la licitadora, se indica que el órgano de contratación debe requerir a Nuproa para que, si procede, sustituya a quien incurre en causa de prohibición por otro en quien no concurra dicha causa.

**SEXTO.** Formulado requerimiento por el OC, el 9 de mayo de 2017 NUPROA manifiesta su deseo de sustituir a GESTIÓN por la mercantil “Ingeniería e Integración Avanzadas, SA” (en adelante, INGENIA) en cuanto a la acreditación de la solvencia técnica y económica por medios externos. A tal efecto NUPROA aporta un contrato suscrito con dicha empresa el 4 de mayo de 2017.



**SÉPTIMO.** Por el Acuerdo 311/2017, de 30 de mayo, a la vista de la propuesta de la mesa de contratación de 18 de mayo, se declaró excluida de la licitación a NUPROA por incumplimiento de lo dispuesto en el art.146.5 del TRLCSP acerca de que el momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración será el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones, en este caso el 5 de septiembre de 2016, todo ello sin analizar la solvencia de INGENIA por ser la causa de la exclusión la extemporaneidad de la fecha del contrato aportado.

**OCTAVO.** Con fecha 29 de junio NUPROA presenta recurso especial contra citado Acuerdo, alegando que el contrato aportado era el último suscrito entre ambas empresas y que no acreditó la relación anterior por no considerarlo necesario, si bien y ante la exclusión del procedimiento aporta junto con el recurso un acuerdo de colaboración con INGENIA de 12 de abril de 2016, diversos correos electrónicos de las relaciones existentes entre ambas y facturas de diversas colaboraciones anteriores a la fecha límite de presentación de las proposiciones. Solicita que se anule el Acuerdo 311/2017 y se mantenga la adjudicación a su favor por entender que el requisito de solvencia queda acreditado y cumplir con todos los requisitos exigidos.

**NOVENO.** Con fecha 3 de julio el OC emite informe en el que, además de citar las conclusiones de fecha 11 de mayo de 2017 del Abogado General de la UE en el Asunto C-233/16, señala que:

1. En relación al último acuerdo de colaboración presentado entre las INGENIA y NUPROA mediante el que esta última pretende acreditar el requisito de solvencia técnica y económica, debe indicarse que, como se desprende del apartado IV del citado acuerdo, es la mercantil INGENIA la que incluye dentro de su oferta comercial una serie de productos y servicios de la recurrente NUPROA, por lo no se puede entender acreditado el requisito de solvencia ya que para ello tendría que ser precisamente NUPROA la que incluyera dentro de su oferta comercial determinados productos y servicios de INGENIA y no al revés.
2. El acuerdo de colaboración presentado únicamente hace referencia a aspectos técnicos, no mencionándose en ningún momento los de apoyo económico, por lo que la solvencia económica no puede entenderse acreditada.
3. El último acuerdo de colaboración ha sido presentado fuera del plazo previsto en el requerimiento remitido a la recurrente el 10 de abril, por lo que no puede tomarse en consideración.

**DÉCIMO.** En cumplimiento de lo previsto en el art. 46.3 del TRLCSP, el 4 de julio se da traslado del recurso a la licitadora AYUNTAMIENTOS, para que en el plazo de 5 días hábiles formule las alegaciones que proceda; trámite que evacua el 7 de julio oponiéndose e impugnando el mismo en base a los siguientes argumentos:



1. Que la conducta de la recurrente es un nuevo episodio de pretender de modo ilícito adjudicarse un contrato, aun a sabiendas del incumplimiento de todos los parámetros de solvencia técnica y económica exigidos por los pliegos.
2. La posible causa de inadmisión del recurso, por no acreditar justificante de anuncio previo del recurso ante el órgano de contratación con incumplimiento del art. 44.4 del TRLCSP.
3. La improcedencia y desviación procesal del petitum de la recurrente, pues no solo pretende la revocación del Acuerdo impugnado sino un pronunciamiento del OAFRC en el sentido de que se mantenga la adjudicación a favor por cumplir todos los requisitos y tener por acreditado el requisito de solvencia, cuando no es posible sustituir en sede de recurso el criterio o el ejercicio de una potestad que exclusivamente corresponde al OC.
4. La correcta aplicación del art. 146.5 del TRLCSP efectuada por el OC, en coherencia con lo establecido en el apartado O) del pliego de cláusulas, sobre exigencia de condiciones objetivas de solvencia técnica, económica y financiera (volumen de negocios y justificación de proyectos realizados en los 5 últimos años).
5. La improcedencia de la subsanación pretendida, por cuanto pretende subsanar algo que afecta a la existencia de un requisito y no únicamente a su acreditación, sin que pueda reconocerse un plazo extra a uno de los licitadores para adaptar su situación a las exigencias del pliego. No se está ante la presencia de errores ni fallos formales sino de causas materiales que impiden a NUPROA sea apta en el proceso de licitación.
6. Que la recurrente pretende en sede de recurso modificar de forma extemporánea su oferta, introduciendo una sobrevenida historia de supuesta colaboración de tiempo anterior que no se vincula con la documentación presentada junto con su escrito de 9 de mayo de 2017.
7. Que escapa a cualquier criterio de racionalidad y sentido común la cita a posteriori de una relación de colaboración a la que no se hace alusión en el escrito de 9 de mayo, lo que hace que -en su apreciación- resulte sospechosa dicha documentación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**I.** De conformidad con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP y en el Decreto Foral del Consejo de Diputados 44/2010, de 28 de septiembre, corresponde al OAFRC el conocimiento y resolución de los recursos relativos a los contratos del sector público en los que sea parte, entre otros, la Diputación Foral de Álava

**II.** De conformidad con el artículo 42 del TRLCSP, el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, pues la empresa recurrente ha concurrido a la licitación y ha resultado excluida de la misma en virtud del acuerdo impugnado. Se acredita la representación.



III. Constituye objeto del recurso el Acuerdo del Consejo de Gobierno 311/2017, de 30 de mayo, que excluye a NUPROA del procedimiento de contratación para la adquisición y mantenimiento de un sistema informático de gestión integral municipal y de otros entes locales, acto de trámite susceptible de recurso conforme al artículo 40.2.b), in fine, del TRLCSP al tratarse de un acto adoptado en el procedimiento de adjudicación que determina la imposibilidad de la recurrente de continuar en el procedimiento.

IV. El recurso se ha interpuesto en el plazo legal previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP, por cuanto no ha transcurrido más de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado.

En lo que se refiere a la **alegación de falta de anuncio previo**, decir que el anuncio de interposición está establecido por el legislador con la finalidad de que el órgano de contratación sepa que contra su resolución, sea cual fuere ésta, se va a interponer el pertinente recurso. Dicha circunstancia podría considerarse necesaria cuando la interposición se realice directamente ante el registro de este OAFRC pero incluso en este supuesto el TRLCSP obliga a notificarlo en el mismo día al órgano de contratación y, en consecuencia, el conocimiento por parte de éste es inmediato y anterior, en todo caso, al inicio del plazo de dos días para la emisión del correspondiente informe, por lo que no puede considerarse como un vicio que obste a la válida prosecución del procedimiento y al dictado de una resolución sobre el fondo del recurso.

Cuando la interposición se hace ante el órgano encargado de resolver el recurso, los plazos breves de resolución del mismo y la obligación de ponerlo en conocimiento del órgano de contratación, que normalmente se hace el mismo día de su recepción por medios electrónicos, cumple la misma función preventiva, lo que demuestra su innecesidad. Así lo han venido manteniendo, por otra parte, distintas Resoluciones de los órganos encargados de la resolución del recurso, con lo cual el incumplimiento del trámite ni siquiera se ha considerado que precise ser objeto de subsanación, como señala la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) 211/2013: “el principio de economía procesal impone esta conclusión, ya que carecería de eficacia práctica que el Tribunal acordara la subsanación de la falta de anuncio previo para, inmediatamente después de acreditada la corrección de la falta de este requisito, solicitar la remisión del expediente de contratación, cuando la finalidad de dicho anuncio se cumple con la reclamación del expediente, sin que esto suponga indefensión material para la entidad contratante.” En este sentido la Resolución TACRC 256/2015, de 23 de marzo señala que “respecto de la falta de anuncio de interposición del recurso, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el anuncio de interposición del recurso tiene como finalidad que el órgano de contratación conozca que pretende interponerse aquél. Sin embargo, en este caso, el recurso se interpone ante este Tribunal y la reclamación del expediente realizada por la Secretaría del mismo determina el conocimiento indubitado de su interposición por el órgano de contratación, por lo tanto, carece de sentido que se proceda a la subsanación de un requisito cuya finalidad es poner en conocimiento del órgano de contratación un hecho que ya le es sobradamente conocido”.

V. **En cuanto al fondo el asunto** planteado en el presente recurso, procede resolver la cuestión relativa al momento en el que hay que demostrar el cumplimiento de estos requisitos de solvencia, siendo terminante el tenor literal del artículo 146.5 del TRLCSP, en la redacción dada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su



internacionalización, al establecer con respecto a su acreditación que *"el momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración será el de finalización del plazo de presentación de ofertas"*.

Debe distinguirse entre el momento en que los licitadores deben estar en posesión de los requisitos de solvencia – el de finalización de presentación de las ofertas– y el momento de acreditar tales requisitos, que a tenor del apartado 4 del propio artículo 146 puede quedar diferido al momento posterior de clasificación de las ofertas y requerimiento de documentación al licitador que haya presentado la oferta más ventajosa, en los términos del artículo 151.1 del TRLCSP.

Es reiterada la doctrina de los tribunales de resolución de los recursos contractuales que establece que los certificados acreditativos de la solvencia deben estar expedidos con anterioridad a la fecha de finalización del plazo de presentación de las proposiciones, por lo que dado que la fecha del documento que se acompaña al requerimiento efectuado en cumplimiento de la Resolución de este OAFRC 11/2017 es posterior a la de presentación de las proposiciones, ha de considerarse conforme a derecho la exclusión de la licitación efectuada por el Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral recurrido.

La insuficiencia e improcedencia de la integración de la solvencia se desprende de la propia documentación facilitada por Ingenia el 9 de mayo de 2017 sobre certificado de clasificación y declaración responsable de su vigencia, que literalmente señala que su objeto es para que Nuproa *pueda subcontratarnos para realizar parte del proyecto*. Acompaña un documento de 20 folios que contiene la propuesta de Ingenia (válida hasta el 31 de mayo de 2017) para realización de los trabajos para Nuproa, como *cliente*, con una duración mínima del servicio de 6 meses a partir de 1-6-2017, prorrogables en las mismas condiciones iniciales para nuevos periodos y ampliaciones con el visto bueno de ambas partes.

Como señala en su informe el OC, la extemporánea aportación de un contrato de cooperación entre ambas empresas anterior al de mayo de 2017 es insuficiente para justificar la solvencia por no satisfacer los requisitos que corroboren de manera real, efectiva, y con plena seguridad jurídica la integración por medios externos de la solvencia económica y técnica de la recurrente, por lo que su evaluación es negativa.

Al tratarse de un documento privado su fecha, conforme al artículo 1:227 del Código Civil, sólo es oponible frente a terceros desde su entrega a un funcionario público por razón de su oficio o desde su incorporación o inscripción en el registro público competente, lo que no se ha producido en este caso.

Si bien la documentación aportada por NUPROA se hizo dentro del plazo de 10 días señalado en el requerimiento, al aportar un documento posterior a la fecha de terminación del plazo de presentación de proposiciones procede la exclusión de la recurrente, sin que sea posible subsanar dicha deficiencia con la documentación acompañada al presente recurso, por cuanto no procede admitir en sede de recurso documentos no aportados en el momento procesal oportuno. Asimismo, este órgano tiene encomendada una función revisora de los actos recurridos sin que pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación y declarar la validez del documento aportado y, en consecuencia, la adjudicación a la recurrente, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical.

Procede desestimar este motivo y en consecuencia el recurso interpuesto.

Vistos los preceptos legales que resultan de aplicación.



Por lo anteriormente expuesto, este Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales emite la siguiente

### RESOLUCIÓN

PRIMERO. Desestimar el recurso interpuesto por D. Enrique Jesús Martín Rodríguez, en representación de la empresa “NUEVOS PROYECTOS PARA LA ADMINISTRACIÓN, SL” (NUPROA) contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno 311/2017, de 30 de mayo, que declara a dicha empresa excluida del procedimiento de contratación para la adquisición y mantenimiento de un sistema informático de gestión integral municipal y de otros entes locales.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

