

Recurso 168/2024
Resolución 218/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 24 de mayo de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **FEDERACIÓN ANDALUZA ENLACE** contra la resolución, de 17 de abril de 2024, del órgano de contratación de adjudicación del contrato de servicios denominado «Mediación penal intrajudicial de adultos en la Comunidad Autónoma de Andalucía (8 lotes)», (Expediente CONTR 2023 0000636151), respecto del lote 2 «Cádiz», convocado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 23 de octubre de 2023 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 1.856.270,40 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP. Asimismo, se regirá por las disposiciones del Decreto 41/2018 de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales en Andalucía.

Mediante resolución, de 17 de abril de 2024, el órgano de contratación adjudica el contrato, respecto del lote 2, a la oferta de la ASOCIACION HACAN (en adelante la adjudicataria).

SEGUNDO. El 2 de mayo de 2024, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, a través del procedimiento de presentación electrónica de recursos y reclamaciones en materia de contratación pública, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la FEDERACIÓN ANDALUZA ENLACE (en adelante la recurrente) contra la citada resolución de adjudicación del contrato, respecto del lote 2.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 3 de mayo de 2024, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado, previa reiteración, fue recibido el 9 de mayo de 2024.

Por último, el día 10 de mayo de 2024, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Acto recurrible.

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

Aun cuando formalmente la recurrente formula el recurso contra la adjudicación del lote 2, sustantivamente está recurriendo la exclusión de su oferta contenida en el antecedente décimo de la misma.

TERCERO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora, respecto del lote 2, cuya oferta ha sido excluida del procedimiento de licitación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, la resolución de adjudicación del contrato, respecto del lote 2, fue dictada el 17 de abril de 2024, por lo que aun computando desde dicha fecha el recurso presentado el 2 de mayo de 2024 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación que culminaron con la exclusión de la oferta de la recurrente.

En lo que aquí concierne, el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en su cláusula 10.7, relativa a la documentación previa a la adjudicación, indica en su apartado segundo respecto de la aportación de la documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera, y técnica o profesional lo siguiente:

«2. La documentación a presentar será la siguiente:



(...)

c. Documentos que acreditan la solvencia económica y financiera y técnica o profesional.

1. La acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional se realizará por los medios indicados en los Anexo I- apartado 4, que serán evaluados de acuerdo con los criterios de selección que constan en el mismo.

(...).

El citado apartado 4 del anexo I del PCAP, relativo a la capacidad y solvencia, indica en su subapartado “c” en lo que aquí interesa en cuanto a la solvencia técnica o profesional lo siguiente:

«Criterios y medios de acreditación¹⁵ de la solvencia técnica o profesional¹⁶.

Para asegurar que los licitadores poseen la experiencia y recursos humanos suficientes y necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad, la solvencia técnica o profesional se acreditará por los medios acumulativos que se señalan a continuación:

Periodo para tener en consideración los servicios realizados a efectos de justificar la solvencia técnica¹⁷:

Tres últimos años.

1.1. Relación de los principales servicios realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario público o privado de los mismos y breve descripción de los trabajos realizados, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes.

Los servicios efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente de los mismos cuando la destinataria sea una entidad del sector público; cuando la destinataria sea una entidad privada, mediante un certificado expedido por esta o, a falta de este certificado, mediante una declaración de la persona licitadora acompañada de los documentos disponibles en poder de la misma que acrediten la realización de la prestación.

Se exige que el importe anual acumulado sin incluir impuestos en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 % de su anualidad media, en servicios de igual o similar naturaleza que los que constituye en el objeto del contrato. [lote 7: 81.211,83 euros].

Sistema para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato:

Se estará a la igualdad entre los tres (3) primeros dígitos de sus respectivos códigos CPV y, en todo caso, a la descripción de los trabajos o servicios relacionados con proyectos de mediación penal, especialmente con personas adultas, o justicia restaurativa (círculos restaurativos entre víctima, imputado y miembros de la comunidad, círculos de apoyo a víctimas de delitos, círculos de reparación de delitos y círculos de paz o dialogo). En definitiva, cualquier trabajo o servicio que se haya realizado con personas dañadas por un delito y con los responsables de ese daño, con participación activas de ambas partes, y cuyo objetivo sea la solución de las cuestiones derivadas del delito.

(...).

Por su parte, la mesa de contratación en sesión celebrada el 29 de febrero de 2024, una vez analizada la documentación previa a la adjudicación aportada por las entidades licitadoras, de conformidad con lo



establecido en la cláusula 10.7 del PCAP, observa, respecto de la oferta de la ahora recurrente al lote 2, en lo que aquí concierne los siguientes defectos y/u omisiones que considera subsanables:

«Solvencia Técnica: Según lo previsto en el Anexo-I, apartado 4.C.1. SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL, la forma de acreditar los servicios efectuados es mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente de los mismos cuando la destinataria sea una entidad del sector público; cuando la destinataria sea una entidad privada, mediante un certificado expedido por ésta o, a falta de este certificado, mediante una declaración de la persona licitadora acompañada de los documentos disponibles en poder de la misma que acrediten la realización de la prestación.

No son por tanto válidas la aportación de los contratos suscritos ni las meras Resoluciones de concesión de subvenciones; deberá aportar certificaciones emitidas por el ente/s destinatario/s de los servicios y trabajos alegados como solvencia técnica, en el que consten desglosadas las anualidades en las que se han ejecutado de conformidad dichos servicios o trabajos y los importes de las citadas anualidades, así como certificación del órgano/s concedente/s de las subvenciones recibidas, en las que se acredite que se han cumplido todos los requisitos y se han realizado todos los fines para los que fue otorgada la subvención, o en su defecto, cualquier otra documentación que justifique que la subvención ha cumplido con los requisitos exigidos y los fines para los que fue concedida.».

A continuación, la mesa de contratación adopta el siguiente acuerdo: «requerir a las entidades citadas para que subsanen la documentación detallada anteriormente, concediéndoles para ello plazo hasta las 20:00 horas del día 11 de marzo de 2024, con el apercibimiento de que si no se cumplimenta o no se cumplimenta adecuadamente el requerimiento se entenderá que el licitador ha retirado su oferta y se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, si lo hubiera.».

Dicho requerimiento le fue efectuado a la ahora recurrente, en los mismos términos recogidos en el acta de la mesa de contratación de la citada sesión de 29 de febrero de 2024, en escrito formalizado y notificado el 6 de marzo de 2024.

Tras la aportación el 11 de marzo de 2023 por la ahora recurrente de la documentación que consideró pertinente, la mesa de contratación en sesión celebrada el 13 de marzo de 2024, entre otras cuestiones, respecto al lote 2, acuerda lo siguiente:

«En cuanto a la subsanación de la Solvencia técnica o profesional solicitada, los miembros de la Mesa consideran tras el estudio de la documentación, que la entidad (...) [ahora recurrente] ha presentado una serie de documentos que no son adecuados ni suficientes para acreditar la solvencia técnica o profesional del modo exigido en el Pliego de Cláusulas Administrativas que rige esta licitación.»

En el supuesto de las subvenciones alegadas, presenta certificaciones de los entes concedentes en las que se certifica que se ha cumplido con las obligaciones formales de acreditación de la actividad subvencionada que recae en sobre el beneficiario de la subvención; no obstante estas certificaciones no son las exigidas en el PCAP, que establece en su apartado 4.C. 1. lo siguiente:

“Relación de los principales servicios realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario público o privado de los mismos y breve descripción de los trabajos realizados, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes.



Los servicios efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente de los mismos cuando la destinataria sea una entidad del sector público; cuando la destinataria sea una entidad privada, mediante un certificado expedido por ésta o, a falta de este certificado, mediante una declaración de la persona licitadora acompañada de los documentos disponibles en poder de la misma que acrediten la realización de la prestación.

Sistema para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato:

Se estará a la igualdad entre los tres (3) primeros dígitos de sus respectivos códigos CPV y, en todo caso, a la descripción de los trabajos o servicios relacionados con proyectos de mediación penal, especialmente con personas adultas, o justicia restaurativa (círculos restaurativos entre víctima, imputado y miembros de la comunidad, círculos de apoyo a víctimas de delitos, círculos de reparación de delitos y círculos de paz o diálogo). En definitiva, cualquier trabajo o servicio que se haya realizado con personas dañadas por un delito y con los responsables de ese daño, con participación activas de ambas partes, y cuyo objetivo sea la solución.”.

En el caso de las certificaciones emitidas ente/s destinatario/s de los servicios y trabajos alegados que aporta (contratos), no alcanza la cifra de los 81.211,83€ exigida en el PCAP.

Por lo tanto, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 7.2. del Decreto 39/2011, acuerda excluir de la licitación a la entidad (...) [ahora recurrente] por no acreditar los requisitos establecidos en el PCAP, debiendo procederse por tanto a recabar la misma documentación al licitador siguiente en el orden de clasificación.».

Consta a continuación la publicación en el perfil de contratante, el día 22 de marzo de 2024, del acta de la sesión de la mesa de contratación celebrada el 13 de marzo de 2024, en la que se recogen entre otros acuerdos la exclusión de la entidad ahora recurrente.

Por último, mediante resolución de 17 de abril de 2024 el órgano de contratación adjudica el contrato respecto del lote 2. En lo que aquí concierne en el antecedente décimo de dicha resolución se indica lo siguiente: «En la sesión de la Mesa de contratación del día 13 de marzo de 2024 para el análisis de la documentación subsanatoria solicitada a la entidad (...) [ahora recurrente], los miembros de la Mesa comprueban que no acredita los requisitos de solvencia técnica establecidos en el PCAP, por lo que acuerdan su exclusión de la licitación, así como recabar la misma documentación a la entidad (...) [ahora adjudicataria], siguiente licitador en el orden de clasificación aprobado por el órgano de contratación.».

SEXTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de 17 de abril de 2024 del órgano de contratación de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, respecto del lote 2, solicitando a este Tribunal «Que se tenga por presentado este escrito de RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, se sirva a admitirlo y se tenga por solicitada la adopción de medidas cautelares y, previa valoración de las irregularidades del procedimiento producidas y de los intereses concurrentes, acuerde a la mayor brevedad la suspensión del procedimiento de contratación, en aras de proteger los intereses públicos y privados que están comprometidos en esta convocatoria.».



La recurrente pese al peculiar contenido del apartado “*solicitado*” del recurso, en el que pretende la suspensión del procedimiento de licitación, y ello a pesar de que dicha suspensión opera de forma automática cuando el recuso se interpone como ocurre en el presente caso contra la adjudicación del contrato, ex artículo 53 de la LCSP, en el cuerpo de su escrito, tras señalar que ha presentado certificaciones por una serie de servicios -que identifica- que suman la cantidad de 109.426,43 euros, afirma que «*se opone a la no admisión de los citados servicios como servicios acreditantes de la solvencia técnica y a la consiguiente exclusión de la licitación en base a los siguientes fundamentos de derecho y alegaciones: (...)*».

En el apartado de fundamentos de derecho del escrito de recurso, la recurrente tras indicar que la interpretación que hace la mesa de contratación en su acta nº 6, de 13 de marzo de 2024, de los requisitos de solvencia técnica descritos en los pliegos convierte a estos desproporcionados, interpretándolos de forma errónea cercenando de manera irrazonable las posibilidades de participación en la licitación, describe la forma en que los pliegos determinan que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, denunciando posteriormente por un lado la falta de definición de los motivos de la exclusión y por otro lado la posibilidad de acreditar la solvencia técnica mediante contratos, subvenciones y declaraciones.

Por su parte, en el apartado de alegaciones del recurso, la recurrente indica que procede a analizar cada uno de los programas, seis en total, que ha llevado a cabo corroborando que la naturaleza de éstos es de igual o similar a la del objeto del contrato en consonancia con “con el artículo 4.C.1 del PCAP”.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso, tras reproducir de forma exhaustiva determinados antecedentes de la licitación señala que las siguientes certificaciones presentadas por la recurrente: - Certificación Mediación Cádiz, emitida por la Teniente Fiscal delegada provincial de Protección y Tutela de Víctimas en el procedimiento penal y Coordinadora de Mediación, de fecha 24 de abril de 2024; y - Certificación Mediación Sevilla, emitida por el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Instrucción nº18 de Sevilla, de fecha 29 de abril de 2024, no constan en el expediente objeto del recurso, y que por la fecha en las que fueron emitidas resultan extemporáneas al presente procedimiento de adjudicación.

Acto seguido, afirma el informe al recurso lo siguiente:

«La recurrente basa su recurso en la errónea interpretación que hace la Mesa de lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige esta licitación (en adelante PCAP), argumentando que en el PCAP se establecen los criterios de solvencia de una manera amplia, proporcionada y razonable de forma que no se impide la libre concurrencia, y que sin embargo, la Mesa de contratación hace una interpretación errónea, convirtiéndolos en irrazonables y desproporcionados.

A este respecto hay que indicar que, a nuestro juicio, la Mesa no hace una interpretación de los criterios de solvencia, sino que considera que las subvenciones no constituyen medios adecuados para la acreditación de la misma, puesto que según dispone el artículo 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, la subvención es una disposición de dinero que realiza una Administración pública de su presupuesto a favor de una organización (beneficiaria), a fin de que la segunda desarrolle una determinada actividad que se considera de interés general; la aportación debe hacerse sin que exista una contraprestación directa para la entidad beneficiaria, es decir, debe destinarse obligatoriamente la realización de una actividad que tenga un interés público o social. La entidad que la recibe no puede conseguir ningún beneficio propio, y generan una serie de obligaciones formales y materiales, que se establecen en la convocatoria pública, o bien en las ordenanzas fiscales de las subvenciones o, incluso, en el marco legal general de la Ley 38/2003; un contrato es la entrega de unos



determinados suministros, obras o servicios a cambio de una remuneración, que supone un lucro o beneficio por parte del contratista.

Tampoco se considera que exista contradicción entre lo apreciado por la Mesa en el Acta n.º 6 con el motivo por el cuál fue excluida de la licitación (falta de idoneidad de las certificaciones presentadas), puesto que de la lectura total del motivo, y no sólo del entrecomillado que presenta en su escrito la recurrente, la Mesa aprecia que las certificaciones presentadas lo son de los entes concedentes de las subvenciones, referidas al cumplimiento de las obligaciones formales que se establecen en la convocatoria pública, o bien en las ordenanzas fiscales de las subvenciones o, incluso, en el marco legal general de la Ley 38/2003, puesto que al no poder obtener un beneficio propio, las subvenciones siempre conllevan la justificación de la acción realizada, debiendo presentar una memoria descriptiva final de la actividad y, en el ámbito económico, se deberán aportar los documentos económicos (facturas, recibos, contratos laborales...) que justifiquen el gasto llevado a cabo de manera efectiva, siempre de acuerdo con las condiciones acordadas previamente, resultando que si la acción no se ha podido desarrollar completamente, habrá que devolver el dinero que no se haya utilizado. Es evidente que estas certificaciones no son certificaciones de un organismo público o una entidad privada a favor de la cuál se hayan realizado los servicios alegados, como exige el PCAP, puesto que, repetimos, la subvención tiene como razón de ser el fomento por parte de la Administración de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública, en donde la beneficiaria es la entidad a la que se le ha otorgado la subvención.

Por todo lo anteriormente expuesto, solicitamos a ese Tribunal que no admita el recurso presentado por la (...) [ahora recurrente], por considerar que la exclusión de dicha entidad del procedimiento para la adjudicación del LOTE N.º2 MÁLAGA, (sic) no supone ninguna infracción del ordenamiento jurídico.».

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

Primera. Sobre la forma de determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato.

Como se ha expuesto, en relación a la forma de determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, el apartado 4.c del anexo I del PCAP, relativo a la capacidad y solvencia, indica lo siguiente:

«Sistema para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato:

Se estará a la igualdad entre los tres (3) primeros dígitos de sus respectivos códigos CPV y, en todo caso, a la descripción de los trabajos o servicios relacionados con proyectos de mediación penal, especialmente con personas adultas, o justicia restaurativa (círculos restaurativos entre víctima, imputado y miembros de la comunidad, círculos de apoyo a víctimas de delitos, círculos de reparación de delitos y círculos de paz o dialogo). En definitiva, cualquier trabajo o servicio que se haya realizado con personas dañadas por un delito y con los responsables de ese daño, con participación activas de ambas partes, y cuyo objetivo sea la solución de las cuestiones derivadas del delito.

(...).».

Al respecto, afirma la recurrente que la literalidad del pliego supone que debe ser admitido todo servicio que pueda ser incluido en la clasificación CPV de servicios de orientación y asesoramiento, así como cualquier tarea relacionada con la mediación penal o la justicia restaurativa o cualquier proyecto que involucre de forma activa



a víctimas y victimarios. A continuación, señala que más adelante hará ver que todos los proyectos que ha presentado han de ser tenidos en cuenta para acreditar su solvencia técnica.

Pues bien, este Tribunal no puede dar la razón en parte a la recurrente. En este sentido, de la dicción de apartado 4.c del anexo I del PCAP reproducido no puede inferirse que hayan de ser admitidos todos los servicios que puedan ser incluidos en la clasificación CPV de servicios de orientación y asesoramiento, dado que la expresión “en todo caso” supone que para ser admitidos los servicios que puedan ser incluidos en la clasificación CPV de servicios de orientación y asesoramiento tienen que cumplir, además, la condición de estar relacionados con proyectos de mediación penal, especialmente con personas adultas, o justicia restaurativa (círculos restaurativos entre víctima, imputado y miembros de la comunidad, círculos de apoyo a víctimas de delitos, círculos de reparación de delitos y círculos de paz o dialogo).

Segunda. Sobre la falta de definición de los motivos de la exclusión.

Afirma la recurrente que ni en el acta de la sesión de la mesa de contratación de 13 de marzo de 2024 ni en la resolución de adjudicación del lote 2 se señalan, siquiera mínimamente, por qué se excluyen las certificaciones de los servicios realizados aportados por su entidad, esto es, no se aclara por qué se entiende que las certificaciones presentadas no son las exigidas en el PCAP.

Al respecto, indica la recurrente que esta falta de motivación ya de por sí hace plenamente anulable el acta de la sesión de la mesa de contratación de 13 de marzo de 2024 y la resolución de adjudicación del lote 2, dado que genera evidente indefensión, al no poderse saber las razones por las que se considera que las certificaciones aportadas no son las exigidas en el PCAP.

Acto seguido, la recurrente en función del contenido del acuerdo de exclusión de su oferta realiza una suerte de suposiciones. En primer lugar, indica que al señalar en el acta de la mesa que se consideran formalmente acreditadas las actividades, ha de entenderse que los seis proyectos aportados están correctamente admitidos como válidos, pero ha de suponerse dada la ausente fundamentación del acta que su contenido es el que la mesa interpreta no compatible con lo exigido en el PCAP. Y, en segundo lugar, cuando la mesa dice que «*en el caso de las certificaciones emitidas ente/s destinatario/s de los servicios y trabajos alegados que aporta (contratos), no alcanza la cifra de los 81.211,83 € exigida en el PCAP*», ha de entenderse admitido el contrato del “PIMA”. De hecho, como se ha expuesto, el recurso a partir de aquí por un lado esgrime determinados argumentos sobre la posibilidad de acreditar la solvencia técnica mediante contratos, subvenciones y declaraciones, y por otro lado analiza cada uno de los seis programas que ha llevado a cabo corroborando que la naturaleza de éstos es de igual o similar a la del objeto del contrato, en consonancia con lo exigido en el PCAP, argumentos que de ser necesarios serán objeto de análisis más adelante.

Pues bien, la doctrina acuñada por este Tribunal sobre la motivación de los actos del procedimiento de licitación (V.G. Resoluciones 40/2012, de 16 de abril; 175/2017, de 15 de septiembre; 16/2018, de 22 de enero; 156/2019, de 21 de mayo y 37/2021, de 12 de febrero, entre otras muchas) se sustenta en jurisprudencia europea y en la propia doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

En tal sentido, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2013, dictada en el asunto T-165/2012, viene a sostener que la finalidad de la motivación es mostrar de forma clara e inequívoca el razonamiento de la persona autora del acto, para, por un lado, permitir a las personas interesadas conocer las razones de la medida adoptada con el fin de defender sus derechos y, por otro lado, permitir al juzgador ejercer su control (sentencias del Tribunal de 14 de julio de 1995, Koyo Seiko/Consejo, T-166/94, Rec. p. II-2129, apartado 103, y de 19 de marzo de 2010, Evropaïki Dynamiki Comisión, citada en el apartado 49 supra, apartado 134).



Posteriormente la Sentencia de dicho Tribunal General de 14 de diciembre de 2017, dictada en el asunto T-164/15, insiste en aquella finalidad de la motivación señalando que el hecho de que no se pueda exigir al órgano de contratación que efectúe un análisis comparativo detallado de las ofertas seleccionadas, no puede conducir a que los comentarios enviados a las entidades licitadoras no muestren clara e inequívocamente su razonamiento.

De otro lado, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 señalaba que la motivación es un medio técnico de control de la causa del acto, de ahí que no se trate de un simple requisito meramente formal sino de fondo, que no se cumple mediante el empleo de cualquier fórmula convencional, sino que ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico determinante de la decisión. Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional 35/2002 declara que *«la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional de los Tribunales superiores y consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan»*.

Finalmente, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2014 (Recurso de casación 3415/12), recogiendo en este punto doctrina anterior del propio Tribunal, *«la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo, y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal -exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo- no es solo, como subraya el Tribunal Constitucional, una elemental cortesía sino que constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda (...)»*.

En el supuesto examinado, como se ha expuesto la motivación contenida en la resolución de adjudicación es puramente formal, es la mesa de contratación en su sesión celebrada el 13 de marzo de 2024 quien excluye a la entidad ahora recurrente en los siguientes términos:

«En cuanto a la subsanación de la Solvencia técnica o profesional solicitada, los miembros de la Mesa consideran tras el estudio de la documentación, que la entidad (...) [ahora recurrente] ha presentado una serie de documentos que no son adecuados ni suficientes para acreditar la solvencia técnica o profesional del modo exigido en el Pliego de Cláusulas Administrativas que rige esta licitación.

En el supuesto de las subvenciones alegadas, presenta certificaciones de los entes concedentes en las que se certifica que se ha cumplido con las obligaciones formales de acreditación de la actividad subvencionada que recae en sobre el beneficiario de la subvención; no obstante estas certificaciones no son las exigidas en el PCAP, que establece en su apartado 4.C. 1. lo siguiente:

“Relación de los principales servicios realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario público o privado de los mismos y breve descripción de los trabajos realizados, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes.

Los servicios efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente de los mismos cuando la destinataria sea una entidad del sector público; cuando la destinataria sea una entidad privada, mediante un certificado expedido por ésta o, a falta de este certificado, mediante una declaración de la persona licitadora acompañada de los documentos disponibles en poder de la misma que acrediten la realización de la prestación.



Sistema para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato:

Se estará a la igualdad entre los tres (3) primeros dígitos de sus respectivos códigos CPV y, en todo caso, a la descripción de los trabajos o servicios relacionados con proyectos de mediación penal, especialmente con personas adultas, o justicia restaurativa (círculos restaurativos entre víctima, imputado y miembros de la comunidad, círculos de apoyo a víctimas de delitos, círculos de reparación de delitos y círculos de paz o diálogo). En definitiva, cualquier trabajo o servicio que se haya realizado con personas dañadas por un delito y con los responsables de ese daño, con participación activas de ambas partes, y cuyo objetivo sea la solución.”.

En el caso de las certificaciones emitidas ente/s destinatario/s de los servicios y trabajos alegados que aporta (contratos), no alcanza la cifra de los 81.211,83€ exigida en el PCAP.

Por lo tanto, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 7.2. del Decreto 39/2011, acuerda excluir de la licitación a la entidad (...) [ahora recurrente] por no acreditar los requisitos establecidos en el PCAP, debiendo procederse por tanto a recabar la misma documentación al licitador siguiente en el orden de clasificación.».

Al respecto, de la documentación aportada por la recurrente la mesa de contratación considera que las certificaciones de los contratos realizados (solo aporta uno) no alcanza la cifra en euros exigida en el PCAP, por lo que ha de entenderse que el único contrato que aporta la recurrente ha sido admitido y computado por la mesa de contratación. En cuanto al resto de la documentación presentada, conforme lo expuesto por la mesa ha de entenderse que todos se refieren a subvenciones.

En el supuesto de las subvenciones alegadas por la ahora recurrente, la mesa afirma que presenta certificaciones de los entes concedentes en las que se certifica que se ha cumplido con las obligaciones formales de acreditación de la actividad subvencionada y que dicha actividad recae sobre el beneficiario de la subvención. Por tanto, desde un punto de vista formal, la mesa de contratación en ningún momento parece cuestionar que las subvenciones no sean un medio idóneo para acreditar en general la solvencia técnica, dado que señala que las certificaciones de los entes concedentes presentadas “certifican” que la entidad que recibe la subvención ha cumplido con las obligaciones formales de acreditación de la actividad subvencionada, esto es la prestación que ha realizado la entidad que recibe la subvención se ha ejecutado y acreditado correctamente; sin embargo, a continuación indica que estas certificaciones no son las exigidas en el apartado 4.C.1.1 del anexo I del PCAP, que reproduce en su integridad.

No obstante, no precisa la mesa si el incumplimiento de esas certificaciones se refiere, entre otros, al importe de los servicios, a la fecha en la que fueron realizados, a si se omite una breve descripción de los trabajos o a si los servicios o trabajos realizados son de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto del contrato, sin que sea posible inferir de manera clara e inequívoca cuál o cuáles de las exigencias previstas en el apartado 4.C.1.1 del anexo I del PCAP incumplen todos o algunos de los certificados aportados.

En definitiva, la motivación contenida en el acta de la mesa de contratación en sesión celebrada el 13 de marzo de 2024, no muestra de manera clara e inequívocamente el razonamiento que ha llevado a la mesa a excluir la oferta de la entidad ahora recurrente por no acreditar su solvencia técnica, imposibilitando que la empresa excluida así como el resto de las entidades interesadas puedan conocer las razones de la medida adoptada con el fin de defender sus derechos y, por otro lado, impidiendo a este Tribunal que pueda ejercer su control.



Es en el informe al recurso, como se ha expuesto anteriormente y se da aquí por reproducido, donde el órgano de contratación pone de manifiesto el razonamiento que ha motivado la exclusión de la entidad ahora adjudicataria. Sin embargo, la motivación del acto, en este caso la exclusión, bien sea adoptado por la mesa o por el órgano de contratación ha de ser expresa y previa y no posterior en el informe al recurso.

En efecto, no es posible admitir determinadas alegaciones vertidas en el informe al recurso, que vienen a poner de manifiesto razonamientos no recogidos en la documentación que forma parte del procedimiento de licitación, y ello es así, por cuanto la justificación de la mesa o del órgano de contratación debe ser expresa y previa, y no posterior, pues la falta de ésta, en los términos puestos de manifiesto en el informe al recurso, sin que este Tribunal prejuzgue su conformidad a derecho, ha privado a la recurrente de poder discutir o estimar si a su juicio la motivación de la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación es o no apropiada (v.g. por todas Resoluciones 339/2023, de 23 de junio, de este Tribunal).

Procede, pues, estimar en los términos expuestos la denuncia de la recurrente en la que señala la falta de definición de los motivos de su exclusión.

Tercera. Sobre la consideración de las subvenciones como instrumento jurídico adecuado para justificar la solvencia técnica o profesional exigida.

Como se ha expuesto, la recurrente afirma que es posible acreditar la solvencia técnica mediante contratos, subvenciones y declaraciones. En este sentido, señala que se ha de recalcar *«que contratos, subvenciones y declaraciones de la persona licitadora han de tener la misma consideración o “fuerza probatoria” de cara acreditar la solvencia técnica, ya que así lo declara el propio pliego (apartado 4.C.1 del PCAP) que, como es sabido, constituye la Ley del contrato»*, dado que si el órgano de contratación hubiera querido que solo los contratos públicos fueran tenidos en cuenta, así lo habría estipulado en el pliego, pero no lo hizo, sino que permitió la acreditación de la solvencia técnica mediante múltiples medios. Sobre ello indica la recurrente que *«La solvencia técnica requiere demostrar que la empresa tiene capacidad real de hacer los trabajos objetos del contrato y esa capacidad puede acreditarse mediante trabajos previos, sean estos remunerados por contrato, subvención o no remunerados. La clave es demostrar que las tareas se han realizado y que se tienen las destrezas para ejecutar el contrato»*.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, como se ha expuesto anteriormente y se da aquí por reproducido, afirma de forma tajante que la mesa de contratación no hace una interpretación de los criterios de solvencia, sino que considera que las subvenciones no constituyen medios adecuados para la acreditación de la misma, dado que las certificaciones de los entes concedentes no lo son de un organismo público o una entidad privada a favor de la cual se hayan realizado los servicios alegados como exige el PCAP.

Sin embargo, y sin perjuicio de analizar seguidamente la posibilidad de considerar a las subvenciones como instrumento jurídico adecuado para justificar la solvencia técnica o profesional exigida, este Tribunal quiere poner de manifiesto que de las actuaciones realizadas por la mesa de contratación no se infiere que dicho órgano considere que las subvenciones no constituyen medios adecuados para la acreditación de la solvencia.

En efecto, como se ha reproducido anteriormente a lo que nos remitimos, en el requerimiento de subsanación que manifiesta la mesa de contratación que se ha de realizar a la entidad ahora recurrente se afirma de forma expresa, tal y como queda recogido en el acta de la sesión celebrada el 29 de febrero de 2024, que *«No son por tanto válidas la aportación de los contratos suscritos ni las meras Resoluciones de concesión de subvenciones; deberá aportar certificaciones emitidas por el ente/s destinatario/s de los servicios y trabajos alegados como solvencia técnica, en el que consten desglosadas las anualidades en las que se han ejecutado de conformidad*



dichos servicios o trabajos y los importes de las citadas anualidades, así como certificación del órgano/s concedente/s de las subvenciones recibidas, en las que se acredite que se han cumplido todos los requisitos y se han realizado todos los fines para los que fue otorgada la subvención, o en su defecto, cualquier otra documentación que justifique que la subvención ha cumplido con los requisitos exigidos y los fines para los que fue concedida.». (el énfasis es nuestro)

A juicio de este Tribunal, la mesa no deja lugar a dudas en la admisión de las subvenciones como instrumento jurídico adecuado para justificar la solvencia técnica o profesional exigida, siempre que se acredite que se han cumplido todos los requisitos y se han realizado todos los fines para los que fue otorgada la subvención, o en su defecto, cualquier otra documentación que justifique que la subvención ha cumplido con los requisitos exigidos y los fines para los que fue concedida, sin que en momento alguno cuestione el que los servicios o trabajos no se hayan realizado a favor de un organismo público o una entidad privada.

Acto seguido, este Órgano considera necesario reproducir lo analizado en su Resolución 202/2024, de 10 de mayo, que resuelve el recurso número 152/2024 interpuesto por determinada entidad licitadora contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación que se examina, respecto de otro lote, relativo a la consideración de los convenios como instrumento jurídico adecuado para justificar la solvencia técnica o profesional exigida. En concreto en la consideración segunda del fundamento de derecho sexto de dicha resolución se indica lo siguiente:

<<Como ha quedado expuesto en las alegaciones de las partes, y sobre todo en las incluidas en el informe al recurso, la exclusión de la entidad ahora recurrente se produce por no acreditar que el importe anual acumulado sin incluir impuestos en el año de mayor ejecución sea igual o superior a 81.211,83 euros, en servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato.

En este sentido, el informe al recurso señala en los términos reproducidos en el fundamento anterior que la mesa de contratación, a los efectos de la acreditación de la solvencia técnica prevista en el subapartado “1.1. Relación de los principales servicios realizados” del apartado 4.c) del anexo I del PCAP, dentro de la documentación aportada por la entidad ahora recurrente, no ha valorado ni los convenios ni las subvenciones, estas últimas la propia recurrente en el fundamento sexto de su recurso admite que no son un medio válido de acreditación de la solvencia, sin que este Tribunal prejuzgue dicha afirmación. En efecto, en lo que aquí concierne, la recurrente manifiesta con respecto a las subvenciones entre otras consideraciones que por las características que indica en su recurso, conviene con el órgano de contratación en que *«no sirven sin más a los efectos de la acreditación de la solvencia técnica exigida pues la mera concesión es indicativa pero no implica ni acredita que finalmente se hayan ejecutado las acciones previstas.»*.

En definitiva, la controversia gira en torno a si es posible, como defiende la recurrente, o no, como señala el órgano de contratación, considerar los convenios como instrumento jurídico adecuado para justificar la solvencia técnica o profesional exigida, cumpliéndose lógicamente el resto de los requisitos exigidos para su acreditación.

Al respecto, el informe al recurso afirma textualmente que no son un medio válido de acreditación de la solvencia *«los Convenios que tenga o pudiera tener suscritos la entidad con cualquier otra entidad de carácter público o privado»*, mientras que la recurrente señala que la FEJR convenia con su asociación la ejecución y justificación de determinados programas.



Pues bien, ni en el artículo 90 de la LCSP, ni en el subapartado “1.1. Relación de los principales servicios realizados” del apartado 4.c) del anexo I del PCAP, respecto a la solvencia técnica o profesional, reproducido anteriormente, se indica ni siquiera de forma indiciaria la figura del contrato como única forma de acreditar los servicios realizados, y ni muchos menos se excluye al convenio de colaboración como forma de justificación de dicha solvencia técnica.

En efecto, tanto en el citado artículo como en el mencionado subapartado se utilizan, entre otras, las expresiones de servicios o trabajos realizados, así como la realización de la prestación, pero en modo alguno se exige que esos servicios o trabajos hayan de haber sido desarrollados necesariamente mediante un contrato.

Nada obsta a que, siempre y cuando se cumplan todas las exigencias previstas para la justificación de la solvencia técnica o profesional requerida en el mencionado subapartado 1.1. del apartado 4.c) del anexo I del PCAP, se pueda acreditar dicha solvencia mediante la figura del convenio de colaboración, salvo que los pactos, cláusulas y condiciones establecidas en el mismo fuesen contrarios a las leyes, a la moral o al orden público, ex artículo 1255 del Código Civil.

En definitiva, en el supuesto que se examina, conforme al principio de congruencia previsto en el artículo 57.2 de la LCSP, y según lo establecido para la solvencia técnica o profesional en el mencionado subapartado 1.1. del apartado 4.c) del anexo I del PCAP, cualquier instrumento jurídico amparado en el principio de libertad de forma, y sin perjuicio de su “*nomen iuris*” (en este caso convenio de colaboración), siempre que no sea contrario a las leyes, a la moral o al orden público y respete las reglas y requisitos exigidos en este caso para la solvencia técnica o profesional, puede servir de base para acreditar los servicios o trabajos realizados, debiendo en todo caso certificarse los resultados ejecutados como consecuencia del correspondiente acuerdo o convenio, en los términos que resulte de la legislación aplicable y aquellos que pudieren resultar del instrumento de colaboración.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos la denuncia de la recurrente en la que señala que los convenios de colaboración pueden acreditar la solvencia técnica o profesional, siempre que se cumplan todas las exigencias previstas para su justificación.>>.

En definitiva, ni en el artículo 90 de la LCSP, ni en el subapartado “1.1. Relación de los principales servicios realizados” del apartado 4.c) del anexo I del PCAP, respecto a la solvencia técnica o profesional, reproducido anteriormente, se indica ni siquiera de forma indiciaria la figura del contrato como única forma de acreditar los servicios realizados, y ni mucho menos se excluye ni al convenio de colaboración ni a las subvenciones como forma de justificación de dicha solvencia técnica.

En efecto, tanto en el citado artículo como en el mencionado subapartado se utilizan, entre otras, las expresiones de servicios o trabajos realizados, así como la realización de la prestación, pero en modo alguno se exige que esos servicios o trabajos hayan de haber sido desarrollados necesariamente mediante un contrato.

Nada obsta a que, siempre y cuando se cumplan todas las exigencias previstas para la justificación de la solvencia técnica o profesional requerida en el mencionado subapartado 1.1. del apartado 4.c) del anexo I del PCAP, se pueda acreditar dicha solvencia mediante la figura de la subvención, siempre que se acredite que se han cumplido todos los requisitos y se han realizado todos los fines para los que fue otorgada la misma.



En este sentido, este Tribunal no comparte la afirmación que realiza el órgano de contratación en el informe al recurso, cuando indica que no admite las certificaciones de los entes concedentes de las subvenciones por no ser de un organismo público o una entidad privada a favor de los cuales se hayan realizado los servicios, y ello por cuanto interpretar como hace el órgano de contratación que cuando el artículo 90.1 de la LCSP, y de forma muy similar el apartado 4.c).1.1. del anexo I del PCAP, dispone la forma en que se han de acreditar los servicios o trabajos realizados «*cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado*», impide que la solvencia técnica se pueda acreditar mediante el instrumento jurídico de las subvenciones, vulnera a nuestro entender el principio antiformalista, el de proporcionalidad, el de concurrencia y el de acceso a las licitaciones en condiciones de igualdad.

En sentido similar, considerando a las subvenciones como instrumento jurídico adecuado para justificar la solvencia técnica o profesional exigida, se han pronunciado otros órganos de revisión de decisiones en materia contractual, entre otros, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, entre otras, en sus Resoluciones 307/2021, de 1 de julio y 519/2021, de 12 de noviembre. En esta última, el citado Tribunal indica en lo que aquí concierne que «*En relación a las subvenciones aportadas por CAFE [entidad recurrente], si bien pueden llegar a considerarse un indicio de la solvencia de la recurrente, hemos de convenir con el órgano de contratación en que no sirven sin más a los efectos de la acreditación de la solvencia técnica exigida pues la mera concesión es indicativa pero no implica ni acredita que finalmente se hayan ejecutado las acciones formativas presentadas en las mismas*».

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el presente motivo del recurso debiendo considerarse a las subvenciones como instrumento jurídico adecuado para justificar la solvencia técnica o profesional exigida, siempre que se cumplan todas las exigencias previstas para su justificación.

OCTAVO. Sobre los efectos de la estimación parcial del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho quinto a séptimo de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando la resolución de 17 de abril de 2024 del órgano de contratación de adjudicación del contrato, respecto del lote 2, con retroacción de las actuaciones al momento previo al dictado del acuerdo de 13 de marzo de 2024 de la mesa de contratación de exclusión de la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación, para que se proceda por la mesa de contratación a valorar la documentación aportada por la federación ahora recurrente acreditativa de la solvencia técnica o profesional exigida, procediendo de forma motivada a su aceptación o rechazo con petición de subsanación en su caso, teniendo en cuenta lo analizado en la presente resolución, con continuación del procedimiento de licitación en su caso, sin perjuicio de conservar aquellas partes de la misma, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **FEDERACIÓN ANDALUZA ENLACE** contra la resolución, de 17 de abril de 2024, del órgano de contratación de adjudicación del contrato de servicios denominado «Mediación penal intrajudicial de adultos en la Comunidad Autónoma de Andalucía (8 lotes)», (Expediente CONTR 2023 0000636151), respecto del lote 2 «Cádiz», convocado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que se proceda por el órgano de contratación en los términos expuestos en los fundamentos de derecho quinto a octavo de la presente resolución.



SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto del lote 2.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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

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

