

Recurso 423/2024
Resolución 473/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 31 de octubre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLIMA BÉTICA, S. L. U.**, contra el acuerdo de adjudicación el 9 de octubre de 2024 del procedimiento de contratación denominado “Contrato mixto de suministro con instalación de equipos de climatización para la planta semisótano del edificio Fernando III de los Colegios Provinciales de la Diputación de Córdoba (3 lotes)”, respecto del lote 3, (expte. 5/2024), promovido por la Diputación Provincial de Córdoba, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 17 de mayo de 2024, se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, respectivamente, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento. El valor estimado del contrato asciende 211.507,58 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

Tras la tramitación del oportuno expediente de contratación, el 14 de octubre de 2024 se publica se publica el acta de la sesión de la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de fecha de 9 de octubre en la que se recoge el acuerdo de adjudicación.

SEGUNDO. La entidad recurrente presentó recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación el día 17 de octubre de 2024.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se da traslado al órgano de contratación del escrito de impugnación, requiriéndole el expediente administrativo y el informe sobre las alegaciones formuladas en el recurso. Lo solicitado fue recibido en este Órgano en fecha 23 de octubre de 2024.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de cinco días hábiles el cual ha vencido el día 30 de octubre de 2024, a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido en el plazo establecido.

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.

El Decreto-ley 3/2024, de 6 de febrero, por el que se adoptan medidas de simplificación y racionalización administrativa para la mejora de las relaciones de los ciudadanos con la Administración de la Junta de Andalucía y el impulso de la actividad económica en Andalucía (en adelante Decreto-Ley) en su artículo 77 modifica el artículo 10 del mencionado Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía que, en su nueva redacción, dispone:

“1. En el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación y de las reclamaciones a que se refiere el artículo 1 de este Decreto corresponderá a los órganos propios, especializados e independientes que creen, que actuarán con plena independencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, y en los términos establecidos en 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, y en el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

2. De conformidad con la competencia de asistencia material a los municipios que atribuye a las provincias el artículo 11.1.c) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, y en la forma regulada en el artículo 14.2 de dicha Ley, el conocimiento y resolución de estos recursos especiales y reclamaciones podrán corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales.

3. Con la excepción que se contempla en el párrafo segundo de este apartado, en caso de que las entidades locales y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos y reclamaciones respecto a los actos de dichas entidades. Cuando los recursos y reclamaciones se interpongan respecto de actos dictados por Diputaciones Provinciales o municipios de gran población a los que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, la atribución de competencia al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía exigirá la suscripción de convenio con la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda en el que se estipulen las condiciones para sufragar los gastos derivados de esta asunción de competencias”.

Asimismo, en su Disposición final undécima establece que *“El presente Decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía”.*

De acuerdo con lo expuesto, se celebró el convenio administrativo el 27 de mayo de 2024, atribuyendo la Diputación Provincial de Córdoba a este Tribunal las competencias para que este Tribunal pueda tramitar y resolver los recursos especiales y reclamaciones interpuestos en su ámbito.



Por tanto, resulta competente este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

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

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso presentado en el registro de este Tribunal el 17 de octubre de 2024, se ha formalizado dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Sobre el fondo del asunto: alegaciones de las partes.

El objeto del recurso se centra en la interpretación de un determinado aspecto recogido en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), y en concreto en su Anexo nº 2, que establece las condiciones especiales de ejecución que han de cumplir los adjudicatarios. Expresa en las condiciones de carácter medioambiental, que se debe *“disponer de un centro de suministro en la provincia de Córdoba durante el período de duración del contrato, mediante cualquier título jurídico de dominio, uso o aprovechamiento”*.

1. Alegaciones de la recurrente.

En primer lugar, señala que el 2 de octubre de 2024, se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público, (PCSP), el acta de la mesa en la que se concluye que la entidad adjudicataria del lote 3 cumple el requerimiento exigido en el apartado 2.5 relativo a las condiciones especiales de ejecución del contrato, de carácter medioambiental, del anexo 2 del pliego de la licitación. En este sentido, consta en esa acta, que el licitador presenta como documentación acreditativa una declaración responsable del administrador único, de disponer centro de distribución en Polígono de la Torrecilla, así como factura de suministro eléctrico del mes de agosto 2024 de dicho centro.

Expresa, por un lado, que ni la declaración responsable del administrador, ni la factura de suministro eléctrico, constituyen título jurídico de dominio, uso o aprovechamiento del inmueble, y asimismo que la dirección del centro de suministro no se concreta, sólo se indica que se encuentra en un polígono industrial de Córdoba. Alega igualmente que cualquier comercializadora de energía eléctrica, ante una simple petición telefónica, puede cambiar los datos de facturación del suministro, sin necesidad de aportar título de propiedad del inmueble, contrato de alquiler o cualquier otro documento.

2. Alegaciones del órgano de contratación.



El órgano de contratación afirma que durante el procedimiento de contratación el servicio técnico de la Diputación que asiste a la mesa de contratación estimó incompleta la documentación para su acreditación, concluyendo que la entidad finalmente adjudicataria debía aportar documentación adicional en la que se acreditase la disponibilidad de centro de trabajo en la provincia de Córdoba durante la ejecución del contrato, tal y como establece el apartado 2.5 del Anexo 2 del PCAP. Expresaba en concreto que se solicitase para su subsanación los siguientes extremos:

- El documento privado aportado de cesión de uso temporal de las instalaciones sita en la provincia de Córdoba el cual debía ser firmado electrónicamente por los representantes legales de ambas empresas cedente y cesionaria.
- Asimismo que se aportase una aclaración sobre la ubicación exacta de las instalaciones cedidas, puesto que sólo se hace referencia a que se encuentran en el POLÍGONO INDUSTRIAL LA TORRECILLA, s/n, 14013 de Córdoba.
- Por último, que se acreditas,e de alguna forma con documentación que se justifique la titularidad o derecho de uso de las instalaciones cedidas por la empresa que acredite el domicilio social de la empresa en dicha ubicación.

Explica al respecto que en la subsanación: *“la documentación presentada justifica suficientemente el requerimiento de la condición especial de ejecución. Y es que, haber llegado a adoptar la decisión en contra de entender incumplida dicha condición, la cual no es requisito de aptitud para la adjudicación, por una mera acreditación documental, y restringirla como pretende el recurrente a un solo título jurídico válido, hubiera llevado al órgano de contratación a conculcar el más esencial principio de igualdad y no discriminación, al exigir un arraigo territorial, que no respondería de forma proporcional con el objeto del contrato, y resultaría contrario al Derecho Comunitario.”*

SEXTA. Consideraciones del Tribunal.

El apartado 2.5 del ANEXO 2 del PCAP expresa el siguiente tenor:

“2.5.-. CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

Se establecen las siguientes condiciones especiales de ejecución del contrato, todas ellas vinculadas con el objeto del contrato:

- *De carácter medioambiental: disponer de un centro de suministro en la provincia de Córdoba durante el período de duración del contrato, mediante cualquier título jurídico de dominio, uso u aprovechamiento, lo que garantiza una reducción de transportes entre el centro y los lugares de entrega, con la consiguiente reducción de la emisión de gases de efecto invernadero y de la huella de carbono. Esta exigencia se adecúa al principio de proporcionalidad en relación con el objeto e importe del contrato, y se considera necesaria para su buena ejecución (informes del T.A.R.C. 5/2013, 5/2016, 30/2016, 18/2018 y 28/2019). El cumplimiento de esta condición deberá acreditarse por el licitador que presente la oferta más ventajosa, por lo que no vulnera la libertad de acceso a la licitación en el sentido expresado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 27 de octubre de 2005 (Asunto C- 234/03), donde admite no existir ningún obstáculo para establecerla como una condición que se debe cumplir durante la ejecución del contrato, siendo suficiente en fase de adjudicación el compromiso de tenerla.(.../...)*

A la vista de la documentación presentada por la entidad recurrente el 2 de septiembre de 2024, se le requiere para subsanación. Por un lado, el documento privado aportado de cesión de uso temporal de las instalaciones de la empresa Industrias LEKUE S.L sita en la provincia de Córdoba el cual debía ser firmado electrónicamente por los representantes legales de ambas empresas (cedente y cesionaria). Por otro lado, la aclaración sobre la ubicación exacta de las instalaciones cedidas, puesto que sólo se hace referencia a que se encuentran en un polígono de



Córdoba. Por último, se le solicita que acompañe la documentación que justifique la titularidad o derecho de uso de las instalaciones cedidas por la empresa Industrias LEKUE S.L. (Recibo de IBI, contrato de arrendamiento, recibos de suministros a su cargo, o cualquier otra que acredite el domicilio social de la empresa en dicha ubicación).

Figura en la página 1105 y en la 1109 del expediente, dichos documentos de cesión, entre cedente y cesionario.

Si bien el órgano de contratación se defiende con la argumentación correspondiente a la doctrina del arraigo territorial, debe sin embargo tenerse en cuenta que es lo que el PCAP exige al respecto, resaltándose que únicamente debe *“disponer de un centro de suministro en la provincial de Córdoba mediante cualquier título jurídico de dominio, uso u aprovechamiento.”*

Las alegaciones de la recurrente versan sobre que los medios materiales no pertenecen a la adjudicataria o no son suyos. Es decir, se basan en la necesidad de acreditar la propiedad o al menos la posesión sobre dichos elementos materiales. Respecto de esta cuestión cabe señalar que en ningún caso el PCAP ha exigido la aportación o declaración sobre el título en virtud del cual se dispone de los elementos materiales. En efecto, el órgano de contratación a la hora de determinar la forma de acreditar la efectiva disposición de los elementos ha dispuesto en el PCAP la presentación de una declaración responsable. La citada declaración responsable tiene un doble alcance: la disponibilidad de los recursos materiales que se enumeran; y la certificación de que los mismos cumplen con los requisitos y según lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas. A más el órgano de contratación ha requerido antes de la adjudicación determinada información, como son los acuerdos de cesión, que no eran ni siquiera exigibles antes de la adjudicación.

Cumple advertir la pulcritud con la que ha actuado el órgano de contratación, el cual en virtud del artículo 141.2 de la LCSP, ha requerido subsanación, ya que, de conformidad con dicho precepto, cuando la mesa de contratación aprecia defectos subsanables en la declaración responsable o en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija. Se estima que el mismo ha actuado correctamente, aún ni siquiera siendo necesario ya que se trataba de una condición especial de ejecución.

En el mismo sentido, el artículo 326.2.a) de la reiterada LCSP, y el artículo 22 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que dispone que *“... el órgano y la mesa de contratación podrán recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle para la presentación de otros complementarios, lo que deberá cumplimentar en el plazo de cinco días sin que puedan presentarse después de declaradas admitidas las ofertas conforme a lo dispuesto en el artículo 83.6”*.

Las declaraciones responsables tienen como fin evitar la presentación de documentación facilitando la acreditación de determinados extremos. Por eso, la LCSP contempla una sanción específica como es la prohibición de contratar para el caso de falsedad en el contenido de la declaración, tal como dispone el artículo 71.1.e) de la LCSP, en cuya virtud:

“1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

e) Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, (...).”

El que la entidad adjudicataria disponga efectivamente de esos medios materiales es una circunstancia que será fácilmente comprobable en la fase de ejecución del contrato.



La LCSP, regula en su art. 139 las proposiciones de los interesados en los procedimientos de contratación, estableciendo que deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna. De este modo, la normativa contractual atribuye a los interesados en participar en todo procedimiento de licitación, la obligación de presentar su proposición conforme a las exigencias formales y materiales que se establecen en el expediente de contratación.

En este sentido, tanto el art. 141 LCSP, como el art. 81 del RGLCAP, disponen que la mesa de contratación deberá proceder a calificar la documentación aportada por los diferentes licitadores, habilitando a que los defectos que fueran subsanables puedan ser corregidos en el plazo establecido al efecto.

En cuanto al art. 202 LCSP, que regula las denominadas condiciones especiales de ejecución del contrato, su naturaleza corresponde al de una cláusula que viene por tanto estipulada en el PCAP, y que el contratista debe cumplir en su ejecución, bien al momento de concurrir a la licitación, bien al tiempo de iniciar la ejecución del contrato, si bien su propio nombre “*de ejecución*” indica que específicamente se refieren al momento de la ejecución del contrato, por lo que, de forma general no podrá exigirse su acreditación con anterioridad.

A mayor abundamiento, a pesar de que el pliego no ha sido recurrido y está consentido, en el supuesto planteado, se propone la inclusión de una obligación al adjudicatario de disponer de un centro de suministro con ciertas características para la ejecución del contrato. Sobre esta cuestión, cabe indicar en primer lugar que las condiciones de ejecución que pudieran generar distinciones por motivos de arraigo territorial normalmente son rechazadas, por lo que debe rechazarse cualquier intento de que deba acreditarse la propiedad, pues generaría supuestos de discriminación no asumibles a estos efectos. En este sentido, se estiman improcedentes condiciones de esta naturaleza, salvo que se justifique adecuadamente que suponen para la ejecución del contrato un elemento necesario o muy conveniente y no meramente accesorio, que puede influir decididamente en la calidad de la ejecución de la prestación objeto del contrato.

También a mayor abundamiento, sobre lo denunciado por la entidad recurrente, cumple manifestar que ni siquiera para ponerlo en duda, la entidad recurrente siquiera ha solicitado la apertura de un periodo probatorio. Nos encontramos en el caso planteado por la entidad recurrente ante una discusión que versa sobre los hechos de la acreditación de la efectiva disposición de esos medios materiales. Versando sobre hechos adquiere especial relevancia la prueba de las afirmaciones de la recurrente tendentes a desvirtuar la legalidad del acuerdo impugnado. A este respecto el artículo 30 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre dispone:

“Artículo 30. Prueba.

La solicitud de la prueba deberá hacerse en el escrito de interposición del recurso, si la solicita el recurrente, y en el de alegaciones cuando la solicite cualquiera de los restantes interesados (...).”

A estos efectos, y pasando a la carga de la prueba, este Tribunal viene invocando en sus Resoluciones (82/2020, 2/2019, 425/2020, 424/2020, 411/2020, 405/2020, 334/2020, 300/2020, 180/2020 y 81/2018) la aplicación de lo dispuesto en el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En este sentido señalábamos en nuestra Resolución 180/2020, de 1 de junio:

“Pues bien, supuestos como este ya han tenido la ocasión de ser estudiados en este Tribunal, por ejemplo, en las Resoluciones 86/2015, de 2 de marzo, 81/2018, de 28 de marzo, y más recientemente en la 2/2019, de 10 de enero; en este sentido, se da la circunstancia de que las alegaciones de las partes resultan antagónicas, versando la controversia sobre una cuestión de prueba, cuya carga incumbe, en principio, a la recurrente, puesto que es ella



quien sostiene que presentó adecuadamente su proposición. Así pues, el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil dispone que “Corresponde al actor (...) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda (...)”.

En sentido similar la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 607/2016, de 22 de julio:

“Para ello hemos de partir de la doctrina de este Tribunal sobre la carga que cada una de las partes soporta de acreditar lo que a su derecho convenga, y que señalamos en nuestra Resolución número 168/2015, de 23 de marzo.

Es un principio consustancial al acervo jurídico de occidente que la carga de la prueba, el onus probando, incumbe a quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, affirmanti incumbit probatio. Este principio jurídico se recogía en nuestro ordenamiento con carácter general en el originario artículo 1214 del Código Civil, cuando disponía que “incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone”, y se recoge hoy en el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuando establece que “corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición”.

Ello supone, en el ámbito del procedimiento contradictorio, que quien tiene la titularidad de la carga de la prueba es la parte que persigue los efectos jurídicos en función de los hechos que sustentan su pretensión, teniendo la carga de la prueba una dimensión formal, correspondiendo a las partes probar los hechos introducidos en sus alegaciones, y otra material, ofreciendo al órgano llamado a resolver un criterio para resolver dudas sobre medios probatorios desestimando las pretensiones según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos inciertos.

Así las cosas, corresponde a la recurrente probar lo que afirma e introducir los argumentos jurídicos que, a partir de los hechos probados, permitan a este Tribunal pronunciarse sobre su pretensión. Lo que no es admisible ni puede exigirse de este Tribunal, es que actúe como una suerte de inquisidor general del procedimiento de adjudicación del contrato buscando las pruebas y aportado los argumentos que la recurrente no hace, pues el recurso no es una mera denuncia sino una solicitud que inicia un procedimiento y obliga a la recurrente a fundamentar su impugnación.

Pues bien, la recurrente no ha solicitado la práctica de prueba, de manera que las alegaciones que vierte en su recurso a lo sumo podrían suponer meros indicios, pero sin entidad suficiente como para desvirtuar la presunción de legalidad del acto de adjudicación. Es decir, se realizan una serie de afirmaciones en el recurso cuya eficacia sobre la regularidad del acto hubiera requerido de práctica de prueba.

El tener por acreditada la disponibilidad de los medios depende de un juicio valorativo por parte del órgano de contratación, juicio valorativo que se ha reafirmado mediante la subsanación ya aportada e incorporada al expediente administrativo.

Por todo ello, el recurso debe desestimarse.

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



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLIMA BÉTICA, S. L. U.**, contra el acuerdo de adjudicación el 9 de octubre de 2024 del procedimiento de contratación denominado “Contrato mixto de suministro con instalación de equipos de climatización para la planta semisótano del edificio Fernando III de los Colegios Provinciales de la Diputación de Córdoba (3 lotes)” (expte. 5/2024), respecto del lote 3, promovido por la Diputación Provincial de Córdoba.

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 3.

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

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes 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.

