

Recurso 108/2016**Resolución 144/2016****RESOLUCION DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 17 de junio de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ALMA COMUNICACIÓN Y ESTRATEGIA, S. L.**, contra el acuerdo de exclusión de dicha entidad, de 12 de mayo de 2016, dictado por el órgano de contratación de la Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones, S.A. (en adelante SANDETEL) en la licitación del contrato denominado “*Servicio de apoyo en la difusión y divulgación del proyecto de Andalucía compromiso digital y de su catálogo de servicios en la etapa 2016-2017*” (Expte. 15-00304), promovido por la citada sociedad, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente:

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 19 de marzo de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el 15 de marzo de 2016, el citado anuncio se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 403.156,00 euros.



SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

TERCERO. El 27 de mayo de 2016 se presentó en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ALMA COMUNICACION Y ESTRATEGIA, S. L. contra el Acuerdo de 12 de mayo de 2016 por el que se la excluye de la licitación por no acreditar la capacidad y aptitud para contratar al no presentar la escrituras de constitución de dicha entidad.

CUARTO. El 30 de mayo de 2016, la Secretaría del Tribunal solicita al órgano de contratación el expediente de contratación, informe al recurso presentado, así como listado comprensivo de los licitadores que hubieran participado en el procedimiento con los datos precisos a efectos de notificaciones.

Dicha documentación tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 1 de junio de 2016.

QUINTO. La Secretaría del Tribunal con fecha 2 de junio de 2016, dio traslado del escrito de interposición del recurso a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la entidad MEDIANET SOFTWARE, S.A. y la UTE ANDALUCIA COMUNICACION INTEGRAL.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, siendo su valor estimado de 403.156,00 euros y el objeto del recurso es la exclusión de la recurrente adoptada por el órgano de contratación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.b) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:



(...)

b) *Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción. (...)*”.

En el supuesto examinado, el órgano de contratación acordó la exclusión de la recurrente el 12 de mayo de 2016, y se lo comunicó por correo electrónico el 16 de mayo de 2016; habiendo tenido entra el recurso en el registro del Tribunal el 27 de mayo de 2016, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio del motivo en que el mismo se sustenta.

La entidad recurrente alega, que el 29 de abril de 2016 la Mesa de contratación le requirió para que aportara “original y copia compulsada de la escritura de constitución de la entidad y original o copia del poder del representante legal de esa entidad bastantado por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía” y que dicho requerimiento fue atendido en plazo, aportando la escritura de 17 de mayo de 2010 de compraventa de las participaciones sociales por dicha entidad de la antes denominada 2101NOVA24H,S.L. y pese a ello, el órgano de contratación la excluyó en virtud de resolución de 12 de mayo de 2016 por “*no haber acreditado tras haber sido requerido para ello, la capacidad y aptitud de contratar exigida en los pliegos y en la legislación de contratos del sector público, ya que de la escritura de compraventa presentada no se pueden deducir las normas y aspectos que la mesa de contratación necesita para confirmar el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos (como por ejemplo el objeto social, si este es acorde con los servicios a contratar)*”.

Alega la recurrente que ante el requerimiento para presentar la escritura de



constitución de la entidad, aportó la escritura de 17 de mayo de 2010 por la que se adquirió el capital de la sociedad que previamente existía, por lo que entendieron que esa era la escritura del “acto fundacional y era eso lo que se les requería”.

Añade además que el requerimiento de subsanación no está motivado pues no se explica en el mismo la necesidad y la finalidad del documento que se solicita y que si hubieran aportado la escritura de constitución de la sociedad se trataría de la constitución de una persona jurídica distinta de la que licita pues no refleja la forma actual de la sociedad ALMA COMUNICACIÓN Y ESTRATEGIA, S.L. y que con la documentación aportada acredita la capacidad de obrar y el objeto social de la sociedad puesto que se aportó, según la recurrente, la escritura de 15 de marzo de 2013, donde consta el objeto social actual.

Y aporta junto al recurso la escritura de 1 de febrero de 2010 donde se constituye de forma inicial la mercantil 2101NOVA24H,S.L. que no consta en el expediente y la escritura de 15 de marzo de 2013 donde se modifica el objeto social , que según ella, sí constaba en el expediente.

Frente a ello, el órgano de contratación señala en su informe al recurso que en el sobre 1 la recurrente presentó la escritura pública de 17 de mayo de 2010 “escritura de compraventa de participaciones sociales, cese y nombramiento de Administrador, traslado de domicilio social y declaración y cese de unipersonalidad” y la de 18 de noviembre de 2010 “escritura de elevación de acuerdos sociales de cambio de denominación social”. La Mesa de contratación en sesión de 27 de abril de 2016, una vez revisada la documentación del sobre 1 de los licitadores, acordó solicitar subsanación a la recurrente para que aportara “original y copia de la escritura de constitución de la entidad” y en dicho trámite de subsanación la recurrente volvió a aportar la citada escritura de 17 de mayo de 2010 “escritura de compraventa de participaciones sociales, cese y nombramiento de Administrador, traslado de domicilio social y declaración y cese de unipersonalidad”.



Puesto que no aportó la escritura de constitución requerida, la Mesa de contratación acordó excluirla de la licitación al amparo de la cláusula 9.2.1.1.a) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del artículo 72 del TRLCSP que dispone que la capacidad de obrar de las personas jurídicas se acreditará: *“mediante escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas pro las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro Público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate”* ya que la sociedad no cumplió con el requisito de acreditar la capacidad de obrar.

Al mismo tiempo pone de relieve el órgano de contratación que la escritura de 15 de marzo de 2013 que aporta junto al recurso sobre la modificación del objeto social, no la aportó en el expediente de contratación pese a lo que la recurrente señala en su recurso.

Analizado el expediente de contratación remitido a este Tribunal se comprueba que en efecto la recurrente aportó en el sobre 1 referido al cumplimiento de los requisitos previos solo las referidas escrituras de 17 de mayo de 2010 “escritura de compraventa de participaciones sociales, cese y nombramiento de Administrador, traslado de domicilio social y declaración y cese de unipersonalidad” y la de 18 de noviembre de 2010 “escritura de elevación de acuerdos sociales de cambio de denominación social”. Ante el requerimiento de subsanación hecho por la Mesa de contratación vuelve a aportar la escritura de 17 de mayo de 2010 y es ahora junto al recurso cuando aporta la escritura de 1 de febrero de 2010 donde se constituye de forma inicial la mercantil 2101NOVA24H,S.L. y la escritura de 15 de marzo de 2013 donde se modifica el objeto social que no constaban en el expediente.

En virtud de la escritura de 1 de febrero de 2010 se constituye la empresa 2101NOVA24H,S.L. en cuyo objeto social consta, entre otras actividades, “la publicidad de todo tipo así como los servicios relacionados con la promoción”.

Posteriormente en virtud de la escritura pública de 17 de mayo de 2010 se



procede a la compraventa de participaciones sociales, cese y nombramiento del Administrador, traslado de domicilio social y declaración y cese de unipersonalidad.

Por la escritura de 18 de noviembre de 2010 se cambió la denominación social de la entidad pasando a denominarse ALMA COMUNICACION Y ESTRATEGIA, S. L.

Y en virtud de la escritura de 15 de marzo de 2013 se cambia el objeto social y se incluye en el mismo los servicios de publicidad de todo tipo.

Por tanto, está claro que si solo se aportaron en el procedimiento de licitación las escrituras de 17 de mayo de 2010 y la de 18 de noviembre de 2010, no quedó acreditada la capacidad de obrar de la recurrente puesto que la escritura de constitución de la misma, esto es la de 1 de febrero de 2010, nunca se aportó y aunque referida a la constitución de esta bajo otro nombre social, es claro que es la única escritura de constitución acreditativa de la capacidad de obrar de la sociedad.

La recurrente alega que no aportó dicha escritura porque iba referida a otra entidad distinta, pero lo que está claro es que, aunque tuviera otra denominación social, es la única escritura de constitución de la sociedad y el cambio de denominación social no supone que se tratara de una sociedad nueva sino que continuaba con la personalidad jurídica de la anterior bajo el nuevo nombre y de haber entendido otra cosa la recurrente, debería haber aportado una escritura de constitución de la que entendía nueva sociedad, en su caso.

Por tanto, está claro que la recurrente no atendió el requerimiento de la Mesa de contratación y no puede admitirse que no estuviera motivado dicho requerimiento puesto que estaba claro que se le exigía la presentación de la escritura de constitución de la sociedad, tal y como exigía el PCAP.

La propia recurrente aporta ahora junto al recurso la escritura de 2 de octubre



de 2010 de constitución de la sociedad, que debería haber aportado en el trámite de subsanación que se le concedió al efecto, por lo que no puede admitirse ahora que subsane lo que no hizo en su momento.

Hay que recordar que el contenido de los pliegos constituye la ley del contrato que obliga a la partes, como viene manifestándose de forma reiterada por la jurisprudencia; en concreto, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sienta el principio de que los pliegos de condiciones constituyen la ley del contrato y tienen fuerza vinculante para el contratista y para la Administración.

En este sentido se pronuncia el citado Tribunal Supremo, por todas, en su Sentencia de 27 de mayo de 2009 (RJ 2009/4517), que en su fundamento de derecho cuarto, pone de relieve lo siguiente: *“(....) en nuestro ordenamiento contractual administrativo el pliego de condiciones es la legislación del contrato para el contratista y para la administración contratante teniendo, por ende, fuerza de ley entre las partes. De ahí la relevancia tanto de los Pliegos de cláusulas administrativas generales, como del Pliego de cláusulas administrativas particulares como del Pliego de prescripciones técnicas”*.

En definitiva, cuando la Mesa de contratación, o el propio órgano de contratación se dirige a un licitador requiriéndole la subsanación de un determinado requisito, tal subsanación debe ser realizada en los propios términos establecidos en el pliego del contrato, lo contrario, es decir, permitir que la subsanación se hiciera en distintas condiciones que las previstas en el pliego correspondiente aplicable para todos los licitadores, supondría una clara contravención del principio de igualdad de trato y del de no discriminación de los licitadores, que resulta de plena aplicación en nuestro ordenamiento contractual público. Por tanto, debe entenderse que todo requerimiento de subsanación deben cumplimentarse en los mismos términos en que el pliego lo prevea.

El principio de igualdad de trato y de no discriminación entre licitadores supone que estos deben poder conocer con claridad los trámites



procedimentales que resultan aplicables y la imposibilidad de modificar a favor de un licitador la forma y los plazos establecidos para la realización de una actividad simultánea para todos los licitadores. Si el licitador no cumplimenta adecuadamente el requerimiento dentro del plazo concedido, ello determinará su exclusión del procedimiento.

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 **ALMA COMUNICACIÓN Y ESTRATEGIA, S. L.**, contra el acuerdo de exclusión de dicha entidad, de 12 de mayo de 2016, dictado por el órgano de contratación de la Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones, S.A. (en adelante SANDETEL) en la licitación del contrato denominado “*Servicio de apoyo en la difusión y divulgación del proyecto de Andalucía compromiso digital y de su catálogo de servicios en la etapa 2016-2017*” (Expte. 15-00304), promovido por la citada sociedad.

SEGUNDO. 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 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1



de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

