

Recurso 57/2019**Resolución 233 /2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 16 de julio de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PANAVALE, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de fecha 24 de enero de 2019, por el que se la excluye del procedimiento de licitación denominado “Acuerdo marco de suministro de material fungible del Grupo 04.12 prótesis reparadoras, para los centros sanitarios que integran la plataforma logística sanitaria de Jaén” (Expte. AM 484/2018), promovido por el Complejo Hospitalario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. En fecha 30 de octubre de 2018, se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOUE), el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco citado en el encabezamiento de esta resolución.



El valor estimado del acuerdo marco asciende a la cantidad de 1.557.471,37 euros.

SEGUNDO. 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.

TERCERO. Con fecha 24 de enero de 2019, se reúne la mesa de contratación para proceder a la apertura de los sobres 2, relativos a la documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación no automática. Previo a la apertura de los mismos, se informa a los asistentes del resultado de la valoración de la documentación administrativa presentada en el sobre 1. Así, respecto a la recurrente, la empresa PANAVALÉ, S.L., se indica que, como consecuencia de las deficiencias observadas en la documentación administrativa aportada en el sobre 1, en relación con la solvencia técnica, y previo requerimiento de subsanación, la mesa acuerda la exclusión de la misma.

CUARTO. Con fecha 12 de febrero de 2019, tiene entrada en el registro del órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la mercantil PANAVALÉ, S.L., contra el acuerdo de la mesa por el que se excluye su oferta. Dicho recurso y la documentación correspondiente se recepciona en el registro de este Tribunal con fecha 15 de febrero de 2019.

QUINTO. Por la Secretaría de este Tribunal, con fecha 21 de febrero de 2019,



se solicita al órgano de contratación que complete la documentación remitida, dándose cumplimiento a lo solicitado el 6 de marzo de 2019.

SEXTO. Mediante escrito de la Secretaría de este Tribunal de fecha 7 de marzo de 2019, se da traslado del recurso mencionado a las entidades licitadoras, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para que, en su caso, formulen alegaciones, no habiéndose presentado ninguna en el plazo establecido.

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido con carácter general los plazos legales, salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, 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 licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

El órgano de contratación ha planteado una cuestión relativa a la acreditación de la representación que dice ostentar la persona que firma el recurso y que no acredita documentalmente. La Secretaría de este Tribunal ha realizado consulta al Registro Mercantil Central, constatando que José Francisco Vives Cervera es administrador único de PANAVALE, S.L., por lo que cuenta con poder suficiente para interponer el presente recurso.



TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos 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 44 de la LCSP.

En el presente supuesto, el recurso se interpone contra el acuerdo de la mesa por el que se excluye a la recurrente en la licitación de un acuerdo marco de suministro, cuyo valor estimado asciende a 1.557.471,37 euros, convocado por una entidad que tiene la consideración de Administración Pública, 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.b) de la LCSP.

CUARTO. Con respecto al requisito del plazo, el recurso ha sido recepcionado en el registro del órgano de contratación con fecha 12 de febrero de 2019, por lo que ha sido interpuesto en el plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50 de la LCSP.

QUINTO. Verificado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión, procede el examen de la cuestión de fondo suscitada en el presente recurso.

La mesa de contratación, en su sesión de 24 de enero de 2019, adopta el acuerdo de excluir a la recurrente por no quedar acreditada su solvencia técnica. En la evaluación del sobre 1, documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, la mesa observó determinadas deficiencias en la documentación aportada por PANAVAL, S.L. En concreto, se trataba de cumplimentación incompleta del Documento Europeo Único de Contrato (en adelante DEUC), por lo que la mesa se dirige a la recurrente, con fecha 14 de enero de 2019, para poner en su conocimiento que con esa misma fecha se ha publicado en el perfil del contratante de la Junta de Andalucía, notificación relativa a la calificación efectuada por la mesa de la documentación contenida en el sobre 1 y que se le concede plazo para la subsanación de las deficiencias observadas. Se le requiere para que presente nuevamente el DEUC



cumplimentado en todos sus apartados, firmado y sellado en todas sus páginas y corrigiendo los siguientes apartados: 1) En la parte II del DEUC, apartado B, “información detallada sobre la representación” deben cumplimentar todos los datos relativos a la representación; y 2) En la parte IV del DEUC “criterios de selección”, deben indicar los datos relativos a la solvencia técnica y económica requeridos en el cuadro resumen. De acuerdo con la documentación presentada por la empresa tras el requerimiento, la mesa considera totalmente subsanado el apartado 1 (parte II del DEUC) y parcialmente el apartado 2 (parte IV del DEUC) dando por subsanado lo relativo a la solvencia económica, quedando sin subsanar la información correspondiente a la solvencia técnica.

La recurrente no está de acuerdo con la decisión de la mesa y solicita que se anule el acuerdo de la misma, de 24 de enero de 2019, por el que se decide su exclusión y se acuerde su admisión en la licitación.

En particular, centra sus argumentos en los siguientes puntos:

- Los datos referidos a la solvencia económica sí constan en el DEUC -cuestión que no analizaremos, pues la mesa de contratación considera subsanada esta deficiencia -.
- El formato del DEUC no permitió cumplir con el resto de las exigencias en los términos del artículo 89 de la LCSP. La recurrente *“se encontró con un obstáculo formal ya que el indicado formato no permitió hacer la relación de suministros”*.
- PANAVALLE, S.L. ha sido contratista y proveedora de suministros sanitarios para diversos hospitales del Servicio Andaluz de Salud, en el periodo comprendido entre 2018 y 2019, por lo que *“merece al menos entender aquí y ahora la existencia de la presunción de un principio de prueba sobre la solvencia exigida, habida cuenta de una relación contractual similar previa e inmediata en el tiempo”*.



- Sostiene que sí se han cumplido con las exigencias debidas y no procede su exclusión.

Por su parte, el órgano de contratación, en su informe de 14 de febrero de 2019, rebate los argumentos de la recurrente a través del análisis de la documentación presentada por esta, antes y después del requerimiento de subsanación y concluye solicitando a este Tribunal que se desestime el recurso presentado por PANAVALLE, S.L. y se establezca la multa que resulte procedente por la temeridad y mala fe demostradas por la mercantil, de acuerdo con el artículo 58 de la LCSP.

SEXTO. La controversia se centra en dilucidar si la recurrente ha cumplido con las exigencias debidas en cuanto a la acreditación de su solvencia técnica. Así, analizaremos en primer lugar, si la documentación presentada cumple con lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP); y en segundo lugar, si la experiencia como proveedora en suministros sanitarios anteriores, durante el periodo 2018 a 2019, que alega con ocasión de la interposición del recurso, pudiera ser un medio de acreditación de la solvencia técnica.

Centrándonos en primer lugar en el análisis de la adecuación o no de la documentación a los pliegos, debemos partir del artículo 89 de la LCSP, que en su punto primero, letra a), regula los medios a través de los cuales se deberá acreditar la solvencia técnica en los contratos de suministro.

Por su parte, el PCAP en su cláusula 6.3 “Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos (sobre 1)” recoge el modo como ha de presentarse la documentación y, en el punto 6.3.1 se indica:

“6.3.1.- Las personas licitadoras presentarán:

A.- Una declaración responsable en el formato del Documento Europeo Único de Contrato (DEUC), aprobado por el Reglamento de la UE 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016, que se adjunta como anexo III al PCAP e igualmente se podrá



descargar del siguiente enlace: **<https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter?lang=es>** como prueba preliminar de que cuenta con las condiciones de aptitud exigidas para participar en el procedimiento de licitación, incluida la de no estar incurso en prohibición de contratar, el cumplir los requisitos de solvencia económica y financiera, y técnica o profesional que se establecen en los apartados 18 a 18.1 del Cuadro Resumen. (...)”.

El cuadro resumen, en los apartados 18 a 18.1, se refiere a los medios de acreditar la solvencia económica y financiera, y técnica o profesional de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 86, 87 y 89 de la LCSP.

De acuerdo con el PCAP y el cuadro resumen, queda claro pues que las empresas licitadoras debían presentar una declaración responsable en el modelo DEUC -a disposición de las licitadoras en el anexo III o a través del enlace a internet que se facilita en el pliego-, y que los medios de acreditación de la solvencia que se citan en el cuadro resumen son los establecidos en la LCSP.

El artículo 140 de la LCSP establece las reglas a tener en cuenta en relación con la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y el 141 del citado texto legal, con referencia a la declaración responsable y otra documentación, dispone:

“1. Los órganos de contratación incluirán en el pliego, junto con la exigencia de declaración responsable, el modelo al que deberá ajustarse la misma. El modelo que recoja el pliego seguirá el formulario de documento europeo único de contratación aprobado en el seno de la Unión Europea, sin perjuicio de lo establecido en la letra c) del apartado 4 del artículo 159.

2. En los casos en que se establezca la intervención de mesa de contratación, esta calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior.

Cuando esta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija.”



Por su parte, el artículo 326, punto 2, letra a), referido a las mesas de contratación, dice :

“2. La mesa de contratación, como órgano de asistencia técnica especializada, ejercerá las siguientes funciones, entre otras que se le atribuyan en esta Ley y en su desarrollo reglamentario:

a) La calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación.

(...)”

De acuerdo con todo ello, la mesa en el ejercicio de sus funciones, calificó la documentación presentada por la recurrente en el sobre 1 y ante la existencia de defectos formales -cumplimentación incompleta del DEUC en cuanto a los apartados II y IV-, siguiendo el tenor del artículo 141 de la LCSP, requirió a PANAVALÉ,S.L. para que procediera a la subsanación de dichos defectos formales. La recurrente no discrepa sobre esta calificación de la documentación realizada por la mesa, sino que argumenta solamente que el formato del DEUC no le permitió cumplir con el resto de las exigencias del artículo 89 de la LCSP y que se encontró con un obstáculo formal para hacer la relación de suministros.

Finalizado el plazo de subsanación, la mesa califica nuevamente la documentación aportada por la empresa y concluye que ha quedado subsanado la parte II del DEUC y en cuanto a la parte IV, ha subsanado el apartado relativo a la solvencia económica y ha quedado sin subsanar el apartado referido a la solvencia técnica, ya que no ha indicado en la página 21 del DEUC lo solicitado en el cuadro resumen, esto es, una relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de como máximo, los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos, sino que se ha limitado a indicar un importe y unas fechas sin que se indique a qué suministro se refiere, ni los destinatarios. Por lo que, no habiendo acreditado la



recurrente la solvencia técnica en los términos exigidos en el PCAP y en la cláusula 18 del cuadro resumen, la mesa acuerda su exclusión.

PANAVALÉ, S.L. no argumenta en su recurso las causas que le impidieron la debida cumplimentación del DEUC (sólo indica que el formato no le permitió hacer la relación de suministros) tanto en la fase inicial de presentación de las proposiciones como, en su caso, en la fase de subsanación, de tal manera que quedó sin subsanar el defecto formal observado por la mesa y comunicado a la mercantil. En definitiva, no rebate jurídicamente la calificación de la documentación realizada por la mesa ni argumenta su oposición a la decisión de exclusión, limitándose a afirmar que sí ha cumplido con las exigencias debidas y que no procede la exclusión, cuando ha quedado aclarado que la documentación presentada por la recurrente después de la fase de subsanación no fue suficiente para acreditar, de acuerdo con el PCAP, su solvencia técnica o profesional. Tal proceder determina que el recurso analizado carezca de la fundamentación necesaria, dejando al Tribunal no solo la decisión de la controversia, sino la construcción del argumento sobre el que debe asentarse la misma, sin que la parte haya argumentado suficientemente su propia postura, ni acreditado, en definitiva, la adecuada cumplimentación del DEUC. Por lo tanto, procede la desestimación del recurso, en cuanto al cumplimiento de las exigencias contenidas en el PCAP en relación con la cumplimentación del DEUC, por ausencia de argumentación jurídica de la reclamante. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 226/2018.

SÉPTIMO. Así las cosas, y estando claro que la documentación presentada por PANAVALÉ, S.L., en cuanto al DEUC, no ha sido subsanada de acuerdo con lo establecido en el PCAP, debemos analizar en segundo lugar si, como la recurrente pretende, la experiencia como proveedora en suministros sanitarios anteriores, durante el periodo 2018 a 2019, que alega con ocasión de la interposición del recurso, pudiera ser un medio de acreditación de la solvencia técnica



La recurrente aporta, con ocasión del recurso, cuatro facturas de contratos menores con las que, supuestamente, pretende acreditar el requisito de solvencia técnica, sosteniendo que “(...) y por lo tanto, no siendo imputable a esta parte el defecto para la cumplimentación debida, merece al menos entender aquí y ahora la existencia de la presunción de un principio de prueba sobre la exigencia exigida habida cuenta de una relación contractual similar previa e inmediata en el tiempo”.

El órgano de contratación manifiesta que esta documentación que se presenta con ocasión del recurso no ha sido alegada ni documentada en la fase de subsanación. Y abundando más en el tema, indica que los suministros a los que se refieren dichas facturas no son de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato.

Al respecto, hay que indicar que la posibilidad de subsanar, modificar o completar la documentación en vía de recurso es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia. En este sentido, como ya ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas las Resoluciones 218/2018, de 13 de julio y 257/2018, de 19 de septiembre, el recurso especial en materia de contratación no puede ser un instrumento para subsanar los defectos en la documentación presentada por las entidades licitadoras en el procedimiento de adjudicación ya que no es ese su fin, en tanto que se trata de una vía para reparar las infracciones del ordenamiento jurídico en que incurran los poderes adjudicadores en los procedimientos de contratación dentro de su ámbito de actuación definido en el artículo 44 de la LCSP.

Por último, en cuanto a la alegación de la recurrente de “la existencia de la presunción de un principio de prueba sobre la solvencia exigida”, debemos acudir a lo dispuesto en el artículo 86 de la LCSP, que regula los medios de acreditar la solvencia, para afirmar que la solvencia económica y financiera y técnica o



profesional para un contrato se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 87 a 91 del citado texto legal. Por lo que, no es posible presumir que se posee, como pretende la recurrente, sino que se acredita aportando la documentación pertinente.

Por todo ello, con base en las consideraciones realizadas, no procede estimar la pretensión de la recurrente, pues no queda acreditado la adecuada cumplimentación del DEUC, en cuanto al apartado de la solvencia técnica, de acuerdo con lo establecido en el PCAP y no podemos acudir a un principio de presunción al respecto.

OCTAVO. Con respecto a la solicitud de imposición de multa, de acuerdo con el artículo 58.2 de la LCSP, realizada por el órgano de contratación en el informe remitido, al entender que existe temeridad y mala fe por parte de la recurrente en la interposición del recurso, este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resoluciones 64/2018, de 8 de marzo y 15/2019, de 22 de enero), con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de octubre de 1991, dictada en el recurso n.º 2136/1989) que *“Se considera que un sujeto actúa de mala fe en un proceso, a efectos de la imposición de costas, cuando conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria, o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia, propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene”*.

Asimismo, como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1155/2018, de 17 de diciembre, -criterio que comparte este Tribunal-, la mala fe ha de ser palmaria, sin que pueda existir una interpretación razonable y favorable a la creencia de actuar en el ejercicio



legítimo de un derecho; y ello, por cuanto la multa tiene también un carácter sancionador, lo que exige que, ante la duda, la actuación de la recurrente deba entenderse presidida por el principio de buena fe.

En el supuesto examinado, tras el análisis del contenido del recurso se ha concluido que, aun cuando se aprecia una falta de fundamentación jurídica, nos encontramos en el ámbito de un acuerdo marco y la recurrente no ha solicitado la suspensión del procedimiento, por lo que no se aprecia un perjuicio económico que deba soportar el órgano de contratación, ni un beneficio inmediato para PANAVALÉ, S.L., más allá de la expectativa legítima de ser posible proveedora en el caso de que no hubiera sido excluida de la licitación.

De acuerdo con ello, este Tribunal concluye que no es posible afirmar la existencia indudable de mala fe, por lo que no procede la imposición de multa.

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 **PANAVALÉ, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de fecha 24 de enero de 2019, por el que se la excluye del procedimiento de licitación denominado “Acuerdo marco de *suministro de material fungible del Grupo 04.12 prótesis reparadoras, para los centros sanitarios que integran la plataforma logística sanitaria de Jaén*” (Expte. AM 484/2018), promovido por el Complejo Hospitalario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

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 58.2 de la LCSP.



TERCERO. Notificar 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.

