

Recurso 319/2019

Resolución 69/2020

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

Sevilla, 20 de febrero de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **I-FISH CONSULTING & MARKET, S.L.** contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Contratación del Servicio <<Toma de muestras del programa de control sanitario de las zonas producción de moluscos de Andalucía>>” (Expte. CONTR 2018/95207), respecto de los lotes 1,4,5,6,7,8,9 y 10, convocado por la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, ente instrumental adscrito a la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 20 de mayo de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el anuncio fue publicado el 16 de mayo de 2019, en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El valor estimado del contrato asciende a 730.350,00 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.



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. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, en sesión celebrada el 30 de julio de 2019, la mesa de contratación acuerda proponer al órgano de contratación la exclusión de la proposición presentada por I-FISH CONSULTING & MARKET, S.L. (en adelante, I-FISH), respecto de los lotes 1,4,5,6,7,8,9 y 10, para los que había sido propuesta adjudicataria, por no subsanar correctamente la documentación previa a la adjudicación.

Mediante Resoluciones de fecha 1 y 2 de agosto de 2019 el Director Gerente de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, acuerda la exclusión de la proposición presentada por I-FISH del presente procedimiento de licitación respecto de los lotes 1,4,5,6,7,8,9 y 10.

Las resoluciones de exclusión citadas han sido publicadas el 2 de agosto de 2019 en el perfil de contratante de la Junta de Andalucía y remitidas mediante correo electrónico a la entidad recurrente en idéntica fecha.

CUARTO. El 7 de agosto de 2019, la entidad I-FISH presentó en el Registro del Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra las citadas resoluciones de exclusión del Director Gerente de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de fecha 8 de agosto de 2019, se da traslado del recurso especial presentado al órgano de contratación para que aporte el expediente de contratación, informe sobre el recurso, así como el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación requerida tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 14 de agosto de 2019.



SEXTO. Mediante escritos de 2 de septiembre de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la entidad AQUACONSULTANT ACUICULTURA Y SERVICIOS, S.L.

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso no se ha podido cumplir el plazo para resolver 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 entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Respecto al acto recurrido, el mismo es susceptible de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 b), de la LCSP, por cuanto ha sido interpuesto contra las resoluciones de exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y cuyo valor estimado asciende a 730.350,00 euros.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.



En el supuesto analizado, las resoluciones de exclusión impugnadas fueron publicadas en el perfil de contratante el 2 de agosto de 2019, siendo remitidas mediante correo electrónico a la entidad recurrente en idéntica fecha, no constando en el expediente recibido su recepción, si bien, en cualquier caso, teniendo en cuenta la citada fecha, el recurso especial presentado el 14 de agosto de 2019 en el Registro del Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, y antes de entrar en el examen de la cuestión controvertida, procede hacer referencia a determinadas actuaciones practicadas en el procedimiento, según consta en el expediente remitido a este Tribunal, que resultan de interés para su resolución.

En sesión celebrada por la mesa de contratación el 18 de junio de 2019, la empresa I-FISH resulta propuesta adjudicataria a los lotes 1,4,5,6,8,9 y 10.

Con fecha 11 de julio de 2019, tras el requerimiento de documentación previa a la adjudicación realizada a la entidad I-FISH, se reúne la mesa de contratación para su comprobación. Una vez examinada la documentación presentada y tal y como consta en el acta expedida al efecto, la mesa, habiendo observado la existencia de defectos u omisiones, acuerda requerir a la entidad recurrente la subsanación de la documentación aportada por esta respecto a los lotes 1, 4, 5, 6, 8, 9 y 10.

Asimismo, con ocasión de la exclusión de la empresa propuesta adjudicataria al Lote 7, la mesa acuerda requerir a la entidad I-FISH la documentación previa a la adjudicación respecto al citado lote.

Consta en el expediente remitido requerimiento de subsanación de fecha 22 de julio de 2019, realizado a la entidad recurrente, al objeto de acreditar entre otros extremos la solvencia económica, en los siguientes términos:

“La acreditación de la solvencia económica se hará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. La acreditación del depósito de dichas cuentas, se realizará mediante certificado emitido por el Registrador. No ha acreditado que dichas cuentas estén efectivamente depositadas. Al ser necesaria la huella digital que dé constancia del efectivo depósito de las cuentas en el Registro, pueden solicitar al propio Registro que nos remitan dichas cuentas al correo electrónico contratación,agapa@juntadeandalucia.es



Por otro lado, para la acreditación del requisito de solvencia económica de los lotes 1, 4, 5, 6, 8, 9 Y 10, de la declaración relativa al volumen anual de negocios de las anualidades 2016 y 2017 presentadas, no se desprende que el importe referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles sea igual o superior al 75% del importe de licitación de cada lote, es decir, igual o superior a 164.842,50 Euros, importe resultante de sumar el 75% del importe de licitación de lotes 1, 4, 5, 6, 8, 9 Y 10.

En la reunión de la mesa de contratación de fecha 11 de julio, se ha acordado requerir a su empresa que presente la documentación previa a la adjudicación del lote 7, al haberse producido la renuncia de la empresa anteriormente propuesta y siendo la suya la siguiente mejor oferta. Por lo tanto, para la acreditación del requisito de solvencia, al importe arriba indicado, se debe añadir el importe establecido para acreditar la solvencia económica del LOTE 7. En esta misma fecha le será notificado dicho acuerdo de la mesa.

En resumen, se le requiere a la empresa licitadora I-FISH CONSULTING & MARKET que acredite que el importe referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles sea igual o superior al 75% del importe de licitación de cada lote, es decir, igual o superior a 181.507,50 Euros, importe resultante de sumar el 75% del importe de licitación de lotes 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9 Y 10.

(...), advirtiéndole de su exclusión definitiva, si en el plazo concedido para ello no procediera a la subsanación referida”.

Con fecha 30 de julio de 2019, se reúne la mesa de contratación con objeto de examinar la documentación presentada, indicando la correspondiente acta “La empresa - I-FISH- ha presentado las cuentas anuales del ejercicio 2017, en el que no iguala ni supera el importe arriba indicado. -181.507,50 euros-

La empresa presenta un oficio de "Aclaración de la solvencia económica", en el que propone a la mesa de contratación varias opciones de elección y renuncia de lotes.

(...)

Por lo tanto, la mesa acuerda proponer al Órgano de contratación de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera, la exclusión de la empresa licitadora I-FISH CONSULTING & MARKET del procedimiento para los lotes 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 y requerir a las siguientes empresas que presenten la documentación previa a la adjudicación conforme a lo establecido en los pliegos que rigen el presente contrato, atendiendo a los criterios de adjudicación establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (...).”

Mediante Resoluciones de fecha 1 y 2 de agosto de 2019, el Director Gerente de la Agencia de Gestión



Agraria y Pesquera de Andalucía, acuerda la exclusión de la proposición presentada por I-FISH del presente procedimiento de licitación respecto de los lotes 1,4,5,6,7,8,9 y 10.

SEXTO. Frente a la exclusión de su oferta a los citados lotes, la entidad I-FISH interpone el presente recurso, solicitando que con estimación del mismo se considere acreditada su solvencia económica para licitar a los lotes 1,4,5,6,7,8,9 y 10 de los que resultó propuesta adjudicataria, alegando para ello que para acreditar su solvencia económica presenta una propuesta de seguro de responsabilidad civil por valor de 300.000 euros tal y como se cita en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante,PCAP), si bien este no es tenido en cuenta por el órgano de contratación que solo se basa en el criterio del volumen anual de negocios, siendo que con este último no cumple el criterio de solvencia económica para todos los lotes.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, se opone a las pretensiones de la recurrente, manifestando que:

- La solvencia económica y financiera exigida en la presente licitación, queda perfectamente expuesta tanto en el PCAP, como en los requerimientos de documentación previa a la adjudicación de 26 de junio – lotes 1,4,5,6,8, 9 y 10– y 3 de julio de 2019 y de subsanación de fecha 22 de julio de 2019, realizados a la entidad recurrente, en los que se reitera la documentación requerida para su acreditación.

- Respecto a la posibilidad de acreditar la solvencia económica mediante la presentación de justificante de seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales, considera el órgano de contratación que el empleo de dicho medio para acreditar la solvencia económica está reservado a los profesionales que no tengan la condición de empresarios y en relación a servicios que no requieran de una organización empresarial, circunstancias que, a su juicio, no concurren en el presente supuesto. Además manifiesta que, en cualquier caso, no procede atender a la petición realizada en el escrito de recurso, por cuanto lo que presenta la recurrente es una propuesta, no aportando ninguna póliza de seguro.

Finalmente, como entidad interesada, AQUACONSULTANT ACUICULTURA Y SERVICIOS, S.L., se opone a los argumentos expresados en el escrito de recurso con las alegaciones que, constando en el presente procedimiento, se dan aquí por reproducidas.



SÉPTIMO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede el análisis de la cuestión controvertida y que se circunscribe a determinar si la exclusión de la oferta de la recurrente adoptada por el órgano de contratación es correcta o si por el contrario la mesa de contratación debió admitir como medio para acreditar la solvencia económica la posibilidad de aportar un seguro de responsabilidad civil, y en su caso, si la misma debe entenderse acreditada con la documentación aportada por la recurrente.

Para ello debemos partir del artículo 74.2 de la LCSP *“Exigencia de solvencia”*, que dispone *“Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo”*.

Al respecto, el PCAP, en su Anexo XV, al que remite su cláusula 10.7 c) respecto al cumplimiento del requisito de solvencia en su aspecto económico, dispone que *“La solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse por cualquiera de los medios siguientes, que son alternativos:*

1. Volumen anual de negocios: declaración relativa al volumen anual de negocios del licitador, que referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario, deberá ser igual o superior al 75% del importe de licitación de cada lote, tal y como se detalla a continuación: (...)

El volumen anual de negocios de la persona licitadora se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. La acreditación del depósito de dichas cuentas, se realizará mediante certificado emitido por el Registrador.

Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

2. Justificante de la existencia de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales por importe igual o superior al importe de licitación de cada lote, tal y como se detalla a continuación: (...).”

Al respecto, procede traer a colación la ya reiterada doctrina de este Tribunal acerca de la cualidad de *lex contractus* de los pliegos, una vez que adquieren firmeza y su carácter vinculante no solo para los licitadores sino también para el órgano de contratación redactor de sus cláusulas, quien tras la aprobación y publicación de aquel se autolimita en su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de su



contenido, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato. (v.g. Resolución 242/2019, de 25 de julio).

Pues bien, lo expuesto evidencia que el citado Anexo del PCAP no alberga duda alguna sobre el hecho de que la acreditación de la solvencia económica y financiera exigida en la licitación podrá llevarse a cabo -en contra de lo afirmado por el órgano de contratación- por cualquiera de los medios en el consignados.

Sentado lo anterior, procede analizar si de la documentación aportada por la recurrente se puede considerar que esta ha acreditado el cumplimiento del requisito de solvencia económica en los términos previstos en el pliego y en la normativa de contratación.

Al respecto, consta en el expediente de contratación remitido, y en lo que aquí interesa, la presentación por la recurrente en fecha 25 de julio de 2019, en el registro del órgano de contratación, -con ocasión de la remisión de la documentación previa a la adjudicación del lote 7- y dentro del plazo concedido para subsanar, entre otra documentación, la siguiente:

- Proposición de seguro de responsabilidad civil profesional (n.º 148306 -2) de fecha 10 de junio de 2019, de la compañía W.R. Berkley por importe de 300.000,00 euros, junto con una declaración responsable emitida por la entidad recurrente, de fecha 22 de julio de 2019, en la que pone de manifiesto que se compromete a contratar la citada proposición, en caso de resultar adjudicataria.

Lo anterior evidencia que la documentación aportada no permite constatar la disposición del correspondiente seguro de responsabilidad profesional a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones -4 de junio de 2019- al objeto de acreditar el cumplimiento del requisito de solvencia económica en dicho momento, más aun cuando el documento aportado consiste en una propuesta de seguro de fecha 10 de junio de 2019, -siendo esta posterior a la de finalización del plazo de presentación de ofertas- y la propia recurrente pone de manifiesto con ocasión de la declaración responsable presentada que aún no lo ha contratado, reconociendo dicha circunstancia en su propio escrito de recurso, al referirse al mismo como propuesta de seguro de responsabilidad civil.



Respecto al cumplimiento de los requisitos previos, el artículo 140 de la LCSP establece en su apartado 4 que *“Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato.”*.

Al respecto, este Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones, entre otras en su Resolución 117/2017, de 31 de mayo, en la que analizaba la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, aludiendo a su informe 47/2009, de 1 de febrero de 2010, según el cual *“el criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable”*.

De acuerdo con la doctrina expuesta, los defectos serían subsanables cuando se refieran a la adecuada acreditación de un requisito, pero no a su cumplimiento, es decir el requisito debe existir a la fecha en que expire el plazo de presentación de la documentación requerida, pues su existencia no es subsanable, solo lo es su acreditación.

Así pues, de acuerdo con lo expuesto, el documento aportado por la recurrente en fecha 25 de julio de 2019 -con ocasión de la aportación de la documentación previa a la adjudicación del lote 7, y dentro del plazo de subsanación concedido- no acredita la disposición por esta del correspondiente seguro de responsabilidad civil ni a la fecha de subsanación ni por ende a la fecha fin de presentación de ofertas, por lo que no se acredita el cumplimiento por esta del requisito de solvencia económica previsto en el pliego.

Por lo tanto, de acuerdo con lo expuesto queda acreditado que aun cuando el PCAP prevé ambos medios para acreditar la solvencia económica, la recurrente con la documentación aportada no justifica la disposición de un seguro de responsabilidad civil en los términos previstos en el mismo a la fecha fin de presentación de ofertas y por ende el requisito de solvencia, por lo que la actuación del órgano de



contratación al excluir a la entidad I-FISH del procedimiento de licitación, respecto a los lotes 1,4,5,6,7,8,9 y 10 es correcta.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar el recurso interpuesto.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **I-FISH CONSULTING & MARKET, S.L.** contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Contratación del Servicio toma de muestras del programa de control sanitario de las zonas producción de moluscos de Andalucía” (Expte. CONTR 2018/95207), respecto de los lotes 1,4,5,6,7,8,9 y 10, convocado por la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, ente instrumental adscrito a la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible.

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.

