

**Recurso 7/2020**

**Resolución 189/2020**

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

Sevilla, 1 de junio de 2020

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COMERCIAL GARCÍA MORENO, S.L.** contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de alimentación para la residencia para personas mayores de Estepona” (Expt. MA.SUM.01/2019), respecto del lote 4, promovido por la Delegación Territorial de Educación, Deporte, Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 7 de agosto de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOUE) y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 987.466,74 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 (en adelante Real Decreto 817/2009) 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.** Mediante resolución de 19 de diciembre de 2019, la Delegación Territorial de Educación, Deporte, Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en Málaga, acordó la exclusión de la oferta presentada por COMERCIAL GARCÍA MORENO, S.L. al lote 4 del procedimiento de adjudicación del contrato. La citada resolución le fue remitida al recurrente por correo electrónico el 20 de diciembre de 2019.

**CUARTO.** El 27 de diciembre de 2019, la citada entidad presentó, en el Registro general del órgano de contratación, escrito de recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión señalado en el antecedente previo. El órgano de contratación dio traslado del mencionado recurso a este Tribunal, teniendo entrada en su Registro el 9 de enero de 2020, acompañado del expediente de contratación, el informe sobre el recurso, y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

**QUINTO.** La Secretaría del Tribunal, mediante escritos de 13 de febrero de 2020, dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de 5 días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en el plazo concedido para ello, la entidad ACACIO, S.L..

**SEXTO.** La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.



## 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.** 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.

Es objeto de recurso la exclusión de la entidad recurrente del procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera el umbral de sujeción al recurso y que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el acto impugnado es susceptible de recurso especial conforme a lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 b) de la LCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado c) del artículo 50.1 de la LCSP dispone 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 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 analizado, la resolución recurrida fue dictada por el órgano de contratación el 19 de diciembre de 2019, y comunicada a la recurrente el 20 de diciembre de 2019, por lo que el recurso presentado el 27 de diciembre en el registro del órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legalmente señalado.



**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

Si bien la recurrente califica como *“ALEGACIONES SOBRE RESOLUCIÓN POR EXCLUSIÓN DE EXPEDIENTE MA.SUM01/2019”*, la naturaleza del escrito que presenta tras recibir la resolución de 19 de diciembre que resuelve excluir su oferta del procedimiento de licitación al lote 4 del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución, responde a la del recurso especial, y como tal ha de ser tratado.

Aunque en dicho escrito, la recurrente no expresa literalmente cual es su pretensión, es evidente que persigue la anulación de la citada resolución, por entender que ha acreditado el requisito de solvencia técnica exigido en el Anexo XVI del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) que rige la licitación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, tras los extensos antecedentes describiendo el desarrollo del procedimiento de adjudicación seguido hasta la exclusión de la recurrente, concluye sin más argumentos que *“Tal y como se refleja en el acta y la resolución correspondientes, la exclusión de la empresa vino motivada por no poder justificar, a tenor de la documentación presentada, los requisitos de solvencia técnica definidos en el PCAP por ninguno de los dos medios alternativos:*

*1.- Relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de los tres últimos años acreditados.*

*2.- Descripción de las instalaciones técnicas y de las medidas empleadas para garantizar la calidad en la empresa, donde no se acredita la exigencia de poseer la obtención de norma ISO en gestión medioambiental (14001:2004) y/ o en gestión de la alimentación (22000) o bien la norma OHSAS 18001 de sistema de gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo.”*

Por último, la entidad interesada ACACIO, S.L. en su escrito de alegaciones, solicita a este Tribunal que *“resuelva en el sentido de desestimar el recurso especial en materia de contratación presentado por la mercantil COMERCIAL GARCÍA MORENO, S.L., frente a su exclusión del Lote 4 del procedimiento de licitación del contrato de SUMINISTRO DE PRODUCTOS DE ALIMENTACIÓN PARA LA RESIDENCIA DE PERSONAS MAYORES DE ESTEPONA (EXPTE. MA.SUM.01/2019).”*.



**SEXTO.** 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 entender acreditada la solvencia técnica 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, 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, según lo dispuesto en el anexo XVI del PCAP, “la solvencia técnica se acreditará por alguno de los medios que se señalan a continuación:

*1. Relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de los tres últimos años, atendiendo a tal efecto a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos CPV, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario. Cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar, previa justificación en el expediente, que se tendrán en cuenta las pruebas de los suministros pertinentes efectuados más de tres años antes. Se exige que el importe anual acumulado sin incluir impuestos en el año de mayor ejecución sea igual o superior al importe del valor estimado del contrato o de su anualidad media si ésta es inferior al valor estimado del contrato, en suministros de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato.*



*2.- Descripción de las instalaciones técnicas y de las medidas empleadas para garantizar la calidad en la empresa. Deberán disponer de procedimientos de control de calidad de manera que se garantice que los productos no han alcanzado la fecha de caducidad indicada, que no han sufrido daños, que no han sido infectados ni dañados por organismos patógenos, que se han almacenado y transportado a temperatura adecuada y que son aptos para el consumo humano. Asimismo deberán tener implantados sistemas que informen de la trazabilidad de los alimentos en el etiquetado o su identificación. Se exige una relación de almacenes y medios de transporte (en ambos casos con indicación de si son frigoríficos), de tipos de embalaje, de tipos de etiquetado, un listado de productos con indicación de su origen, una descripción del sistema de control de entrada y salida de estocaje y de otros medios o sistemas de control de calidad implantados en la empresa. La empresa licitadora deberá poseer y acreditar la obtención de norma ISO en gestión medioambiental (14001:2004) y/o en gestión de la alimentación (22000) o bien la norma OHSAS 18001 de sistema de gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo.*

No obstante, la mesa de contratación en la sesión celebrada el día 17 de diciembre de 2019, y en base a ello, la resolución recurrida, decidió excluir la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación por entender que *“De la documentación examinada se concluye que la empresa no cumple los requisitos de solvencia técnica por ninguno de los dos medios alternativos indicados en el PCAP:*

*1.- Ni por la relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de los tres últimos años acreditados, puesto que se exige que el importe anual acumulado, sin incluir impuestos en el año de mayor ejecución, sea igual o superior al importe del valor estimado del contrato en suministros de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato.*

*2.- Ni por la descripción de las instalaciones técnicas y de las medidas empleadas para garantizar la calidad en la empresa, donde no se acredita la exigencia de poseer la obtención de norma ISO en gestión medioambiental (14001:2004) y/o en gestión de la alimentación (22000) o bien la norma OHSAS 18001 de sistema de gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo.”*

Pues bien, la recurrente, tras ser propuesta adjudicataria del lote 4 en el procedimiento de adjudicación que estamos analizando, había presentado el día 15 de noviembre de 2019 la documentación previa a la adjudicación.

Entre la documentación presentada, aportó el Anexo XVI del PCAP cumplimentado, conteniendo la declaración responsable de los principales suministros de igual o similar naturaleza realizados en los años



2016, 2017 y 2018, siendo 2017 el año de mayor ejecución, en el que alcanza el importe de 64.110,01 euros, que acredita con el certificado de buena ejecución expedido por la entidad privada CATERING EL CANTARO, S.L.

Si bien es cierto, que con ello no alcanza un importe igual o superior al valor estimado del lote 4 del contrato, que asciende a 147.326,8 euros, sí alcanza el importe de su anualidad media, que en este caso es inferior al valor estimado del contrato, como veremos.

El artículo 36.6 del RGLCAP dispone que *“Cuando solamente se exija clasificación en un grupo o subgrupo, la categoría exigible será la que corresponda a la anualidad media del contrato, obtenida dividiendo su precio total por el número de meses de su plazo de ejecución y multiplicando por 12 el cociente resultante.”*

Así, calculando la anualidad media de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36.6 del RGLCAP, que aún cuando está previsto para el contrato de obras, a falta de otra previsión es de aplicación a este supuesto, resulta que, teniendo en cuenta que el valor estimado del lote 4 del contrato asciende a 147.326,80, y que el plazo de ejecución es de 24 meses prorrogable por otros tantos, con un total de 48 meses, la anualidad media del contrato en ese lote es de 36.831,7 euros.

Es por ello, por lo que este Tribunal entiende que la recurrente había acreditado tener la solvencia técnica exigida por los pliegos, incluso con anterioridad a la subsanación requerida, que hubiese sido innecesaria atendiendo a lo dispuesto en el anexo XVI, que también contempla la posibilidad de alcanzar la solvencia técnica atendiendo al cálculo de la anualidad media del contrato, al ser esta inferior al valor estimado del contrato, y no solo atendiendo al importe del valor estimado de éste, como ha considerado el órgano de contratación.

Por otra parte, la recurrente en su escrito de recurso manifiesta que aunque solo se exija acreditar la solvencia técnica mediante uno de los dos medios alternativos contemplados en el Anexo XVI, aportó documentación para acreditarla por ambos medios.

No obstante, una vez que este Tribunal ha llegado a la conclusión de que la solvencia técnica ha quedado acreditada mediante el primero de los medios contemplados en el anexo XVI, no resulta necesario analizar si también la acredita con la documentación aportada respecto al otro.



En el mismo sentido cabe pronunciarse, sobre lo manifestado por la entidad licitadora ACACIO,S.L. en su escrito de alegaciones, respecto a que no procede admitir la nueva documentación aportada por la recurrente en vía de recurso para conseguir completar la cifra de negocios exigida para alcanzar la solvencia técnica, ni nuevo plazo de subsanación, pues ya la alcanzaba con la documentación presentada en el momento en que le fue requerida la documentación previa a la adjudicación, sin que ni siquiera hubiera sido necesario el requerimiento de subsanación que respecto a la acreditación de la solvencia técnica realizó la mesa de contratación en la sesión celebrada el 29 de noviembre, como ya se ha expuesto.

Por tanto, este Tribunal acuerda anular la resolución recurrida, y el acuerdo adoptado por la mesa de contratación respecto a la exclusión de la recurrente, con retroacción de las actuaciones al momento anterior, debiendo entenderse acreditada la solvencia técnica de COMERCIAL GARCÍA MORENO, S.L..

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

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COMERCIAL GARCÍA MORENO, S.L.** contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de alimentación para la residencia para personas mayores de Estepona” (Expt. MA.SUM.01/2019), promovido por la Delegación Territorial de Educación, Deporte, Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en Málaga y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

**SEGUNDO.** 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.

**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.

