

Recurso 117/2020

Resolución 339/2020

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

Sevilla, 15 de octubre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ADVANCED STERILIZATION PRODUCTS ESPAÑA, S.L.** contra la resolución, de 21 de febrero de 2020, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de material específico de esterilización con destino a los centros integrantes de la Plataforma Logística Sanitaria de Almería” (Expediente 2019/031589 CCA. 6W311PG), respecto del Lote 38, convocado por el Hospital Universitario Torrecárdenas, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 2 de mayo de 2019 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 1.13.265,37 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente, según consta en el expediente remitido.



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. El 21 de febrero de 2020 se dicta por el órgano de contratación resolución de adjudicación del contrato, respecto del Lote 38, a favor de la entidad ENDOOK EUROPA, S.L. (en adelante ENDOOK). En dicha resolución, en el antecedente duodécimo, se pone de manifiesto que la mesa de contratación en sesión celebrada el 20 de diciembre de 2019 acuerda, entre otras cuestiones, excluir la oferta de la entidad ahora recurrente.

CUARTO. 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.

QUINTO. El 11 de mayo de 2020, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ADVANCED STERILIZATION PRODUCTS ESPAÑA, S.L. (en adelante ASP) contra la citada resolución de adjudicación del contrato, respecto del Lote 38.

SEXTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 3 de junio de 2020, se da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el recurso y la documentación necesaria para su tramitación y resolución.



La documentación solicitada fue aportada por el órgano de contratación teniendo entrada en este Tribunal el 9 de junio de 2020.

SÉPTIMO. El 9 de julio de 2020, mediante Resolución de este Tribunal, se acuerda el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de licitación, cuyo levantamiento fue solicitado por el órgano de contratación.

OCTAVO. La Secretaría del Tribunal, mediante escritos de 15 de julio de 2020, dio traslado del recurso al resto de licitadoras, concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado la entidad ENDOOK.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 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.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto del Lote 38, de acuerdo con lo previsto en 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.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministro 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 es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.



CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) 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:*

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.».

La disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que *«Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.».

En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida, la adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 5 de marzo de 2020 y la notificación le fue remitida a la ahora recurrente el 9 de marzo, sin que conste que la misma ha sido efectivamente notificada. En todo caso, el recurso presentado el 11 de mayo de 2020, teniendo en cuenta la suspensión provocada por el estado de alarma ocasionado por el COVID-19, como se ha expuesto en el antecedente de hecho cuarto, se ha interpuesto dentro del plazo legal.

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

Si bien formalmente la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de adjudicación, sustantivamente combate la decisión de su exclusión de la licitación, respecto del Lote 38, solicitando a este Tribunal que *«se proceda a la retroacción de las actuaciones al momento procedimental oportuno, con el objeto de que se proceda a un nuevo requerimiento de la documentación que el órgano de contratación pueda estimar oportuna, teniendo en consideración la condición de empresa de nueva creación de mi*



representada o se conceda un trámite de subsanación de la documentación a esos efectos ya presentada por la casa comercial que represento, ADVANCED STERILIZATION PRODUCTS ESPAÑA, S.L.».

En este sentido, si bien la recurrente en su petitum no solicita la nulidad de la resolución de adjudicación, como debería, la retroacción de actuaciones solo puede llevarse a cabo una vez que sea anulado el acto de adjudicación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

Por último, la entidad interesada ENDOOK se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Visto lo alegado por las partes procede ahora el estudio del recurso en el que la recurrente solicita que el órgano de contratación, respecto de la solvencia técnica, le efectúe un nuevo requerimiento de la documentación que pueda estimar oportuna, teniendo en consideración la condición de empresa de nueva creación, o se le conceda un trámite de subsanación de la documentación a esos efectos ya presentada.

Con carácter previo, por razones metodológicas y con objeto de centrar los términos de la controversia, procede reproducir aquellas partes del expediente necesarias para la resolución del recurso y, a continuación, analizar la actuación del órgano de contratación.

Los requisitos de solvencia técnica así como los medios para su acreditación se recogen en el apartado 18 del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), con el siguiente tenor en lo que aquí interesa:

«Acreditación de la Solvencia Técnica (Art. 89 de la LCSP) 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.

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 sujeto



privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente. Deberán acreditar un total de destinatarios, públicos o privados, no inferior a tres. El requisito mínimo será que el importe mínimo acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior a la mitad del presupuesto de licitación de las agrupaciones y/o lotes a los que licite. Quienes estuviesen inscritos en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Andalucía, regulado por el Decreto 39/2011, de 22 de febrero, deberán acreditar la solvencia técnica si no tienen actualizado dicho Registro.

Para determinar que un suministro es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV.».

Declarada la oferta de la entidad ahora recurrente como la económicamente más ventajosa, el 27 de noviembre de 2019, se le requiere para que presente, entre otras, la documentación acreditativa de la solvencia técnica para lo que se le reproduce la parte transcrita en el párrafo anterior del apartado 18 del cuadro resumen del PCAP.

ASP presenta en plazo para acreditar su solvencia económica y financiera y técnica la siguiente documentación, según señala en índice al respecto:

«- Declaración de empresa de nueva creación

- Certificado de seguro de responsabilidad civil

- Adscripción de medios a lo que se compromete a lo largo de la ejecución del contrato.

- Certificados expedidos por los institutos encargados de la calidad

- Certificado marcado CE».

En este sentido, en lo que aquí interesa, señala en el documento “Declaración de empresa de nueva creación” lo siguiente:

«Que la empresa ADVANCE STERILIZATION PRODUCTS ESPAÑA, S.L. ha iniciado su actividad comercial en el mes de enero de 2019.

Que por este motivo ADVANCE STERILIZATION PRODUCTS ESPAÑA, S.L. no puede acreditar la solvencia económica, financiera, técnica y profesional en los términos previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por el que se rige la convocatoria.



Que a estos efectos y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 74 y siguientes de la Ley 9/2017 aportará los medios alternativos recogidos en la normativa vigente para la acreditación de su solvencia, cuando así le sea requerido por el órgano de contratación.».

Por último, la mesa de contratación en sesión celebrada el 20 de diciembre de 2019 adopta, entre otros, el acuerdo que se reproduce a continuación *«En cuanto a la empresa ADVANCE STERILIZATION PRODUCTS ESPAÑA, S.L., la Mesa acuerda excluirla por no acreditar la solvencia técnica, según establece el apartado 18 del Cuadro Resumen que rige esta contratación, así como de conformidad con lo dispuesto en la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación administrativa de 28 de febrero de 2018, y la Resolución 677/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales».*

Contra la exclusión de su oferta, se alza la entidad ahora recurrente indicando, tras reproducir en su integridad el artículo 89 de la LCSP, que si bien es cierto que no se ajustó a lo requerido en el apartado 18 del cuadro resumen del PCAP, es de su interés poner de manifiesto que, por ser una empresa de nueva creación conforme a lo dispuesto en el artículo 89.1.h) de la LCSP esto es, ser una empresa con una antigüedad inferior a cinco años, remitió en atención al requerimiento del órgano de contratación, entre otra documentación que podía ser de utilidad a dicho órgano para determinar que cuenta con capacidad técnica suficiente como para ejecutar satisfactoriamente el contrato, una declaración en la que así se hacía constar, que adjunta como documento 3, a pesar de ser consciente de que el referido apartado h) del artículo 89.1 determina su aplicación únicamente para aquellos contratos de suministro no sujetos a regulación armonizada.

En este sentido, señala que ha de tenerse en consideración que el encabezamiento del artículo 89 de la LCSP establece que *«en los contratos de suministro la solvencia técnica de los empresarios deberá acreditarse por uno o varios de los siguientes medios»*, lo que implica a su juicio que el órgano de contratación, al tener conocimiento de que es una empresa de nueva creación y, en atención a esa condición, podría haber requerido la documentación que estimara oportuna o, en su caso, otorgar un trámite de subsanación para ampliar o corregir la documentación ya aportada, de forma que pudiera demostrar su solvencia técnica, tal y como se concedió a otras mercantiles.

Indica la recurrente que en lugar de trasladarle un requerimiento de nueva documentación que, en analogía al trámite de subsanación, podría haberse aplicado al caso concreto en tanto que, el párrafo tercero del



artículo 86.1 de la LCSP lo permite, dada su condición de empresa de nueva creación, el órgano determinó la exclusión de su proposición al lote 38.

En este sentido, señala que al no otorgarse un nuevo trámite para acreditar la solvencia por otros medios y determinar la exclusión de su oferta para el lote 38, el órgano de contratación vulneró los principios más elementales que rigen en materia de contratación pública, entre ellos, el principio de igualdad de trato entre licitadores y el principio de búsqueda de la máxima concurrencia y de libertad de acceso a las entidades licitadoras, en la medida en que los requisitos de solvencia determinados por el órgano de contratación, al no proceder a requerir otra documentación que pudiera resultar oportuna para acreditar la solvencia técnica o no proceder a otorgar un trámite de subsanación de la documentación ya presentada que pudiera considerar oportunos supone, *de facto*, la imposibilidad de las empresas de nueva creación de resultar adjudicatarias de cualquier contrato que pueda formalizarse en virtud del expediente de referencia.

Por último, la recurrente realiza un extenso alegato relativo al carácter pernicioso para la concurrencia que implica un excesivo formalismo en la interpretación de los pliegos, para lo que trae a colación la Resolución 267/2019, de 25 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Asimismo, pone de manifiesto que al haber obtenido la mejor valoración, su exclusión supondría privar a la Administración de una solución que ha sido calificada como la de mejor relación calidad-precio.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica que la recurrente argumenta que la exclusión de su proposición al lote 38 resulta improcedente; sin embargo, reconoce expresamente en su escrito de recurso que no se ajustó a lo requerido en el apartado 18 del cuadro resumen del PCAP, por ser una empresa de nueva creación, conforme a lo dispuesto en el apartado h) del art. 89.1 de la LCSP, al ser una empresa con una antigüedad inferior a cinco años.

Asimismo, señala el informe al recurso que para atender el requerimiento efectuado, en el que debía acreditar la capacidad y solvencia, remitió entre otra documentación que podía ser de utilidad al órgano de contratación para determinar que contaba con capacidad técnica suficiente, una declaración en la que así se hacía constar, a pesar de ser consciente de que el referido apartado h) del artículo 89.1 de la LCSP determina su aplicación únicamente para aquellos contratos de suministro no sujeto a regulación armonizada.



Afirma el órgano de contratación que la conclusión que cabe extraer de las actuaciones que se han producido y del contenido del recurso interpuesto, es que la empresa ahora recurrente ha concurrido a esta licitación, siendo consciente de que no cumplía uno de los requisitos esenciales para resultar adjudicataria, el de solvencia técnica exigida en el PCAP, ocultando este hecho hasta el final y una vez que se le requiere la documentación acreditativa de la declaración contenida en el DEUC es cuando pone de manifiesto que no puede cumplirlo, pretendiendo entonces que se le ofrezca la posibilidad de subsanar un requisito que no reúne, y por tanto no subsanable, mediante un requerimiento en el que le permita la posibilidad de acreditar la solvencia técnica mediante otros medios de acreditación distintos a los establecidos en el PCAP.

Concluye el órgano de contratación que el ofrecerle esa oportunidad a ASP habría resultado discriminatoria y contraria a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, puesto que se habrían alterado las condiciones de la licitación en el momento previo a la adjudicación otorgándole unas nuevas condiciones a título particular, que probablemente y de haberse conocido por otras licitadoras quizás podrían haber concurrido a la licitación, por lo que se procedió a su exclusión pues la propia empresa dejó patente que no reúne los requisitos de solvencia técnica exigidos en el PCAP y entonces acaba planteando recurso especial, solicitando la retroacción de actuaciones para subsanar la documentación de un requisito que como ella misma ha reconocido no cumple.

SÉPTIMO. Vistas las alegaciones de la partes procede el análisis de la controversia. Al respecto, este Tribunal ha de poner de manifiesto, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre 25/2019, de 31 de enero, 51/2020, de 14 de febrero y 119/2020, de 21 de mayo, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que la recurrente ni el resto de entidades licitadoras impugnaron los pliegos en su día en los extremos cuestionados en el recurso, necesariamente han de estarse ahora al contenido de los mismos que son ley entre las partes.

Queda, pues, claro que conforme al PCAP la solvencia técnica había de acreditarse en los términos previstos en el apartado 18 de su cuadro resumen, antes transcrito. Asimismo, resulta probado primero



que la ahora recurrente declaró en el DEUC que cumplía la solvencia técnica exigida, segundo, que cuando fue requerida para que aportarse entre otra documentación la acreditativa de la solvencia técnica, declara expresamente que *«no puede acreditar la solvencia económica, financiera, técnica y profesional en los términos previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por el que se rige la convocatoria»* y, tercero, que solicitó al órgano de contratación en la citada contestación al requerimiento que *«aportará los medios alternativos recogidos en la normativa vigente para la acreditación de su solvencia, cuando así le sea requerido por el órgano de contratación»*.

Al respecto, cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras, en este caso los requisitos y medios de acreditación de la solvencia técnica, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las entidades licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

En este sentido, el principio de igualdad de trato impide que por la mesa o el órgano de contratación se modifique a favor de alguna de las entidades licitadoras las previsiones establecidas en los pliegos para la realización de una actividad simultánea para todas ellas.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que *«Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)»*.

Si la entidad licitadora no cumplimenta adecuadamente en su oferta las exigencias derivadas de los pliegos, en este caso no acreditar la solvencia técnica exigida, ello determinará en principio la exclusión de



su proposición del procedimiento (v.g. Resoluciones de este Tribunal de 306/2016 y 309/2016, de 2 de diciembre, y 13/2017, de 27 de enero, entre otras muchas).

Como conclusión de cuanto antecede, siendo ya el PCAP un acto firme y consentido al no constar impugnación del mismo en los extremos particulares analizados, tanto las entidades licitadoras como el órgano de contratación han de estar y pasar por su contenido, siendo en principio procedente la exclusión de la proposición presentada por la entidad ASP, pues la misma ha incumplido, conforme a la documentación contenida en su oferta, la obligación relativa a acreditar la solvencia técnica exigida por el PCAP. En este sentido, la discusión no se centra en subsanar unos documentos defectuosos, sino en la ausencia de los mismos que, además, resultan ser documentos esenciales en el procedimiento de licitación. Y ello, para salvaguardar los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

En su recurso, como se ha expuesto, la recurrente solicita que el órgano de contratación, respecto de la solvencia técnica, le efectúe un nuevo requerimiento de la documentación que pueda estimar oportuna, teniendo en consideración la condición de empresa de nueva creación, o se le conceda un trámite de subsanación de la documentación a esos efectos ya presentada. Para ello basa su alegato en el primer párrafo y en el apartado h) del artículo 89.1, así como en el párrafo tercero del artículo 86.1, en ambos casos, de la LCSP.

Al respecto, dichas normas disponen lo siguiente:

«Artículo 89. Solvencia técnica en los contratos de suministro.

1. En los contratos de suministro la solvencia técnica de los empresarios deberá acreditarse por uno o varios de los siguientes medios, a elección del órgano de contratación:

h) En los contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refieren las letras b) a g) anteriores, sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a), relativo a la ejecución de un número determinado de suministros.

Artículo 86. Medios de acreditar la solvencia.



Cuando por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.».

Pues bien, en primer lugar, empezando por el primer párrafo del artículo 89.1 de la LCSP, alegado por la recurrente, es un mandato general al órgano de contratación para que establezca la solvencia técnica exigible en un contrato de suministro, permitiendo la norma que la misma se pueda acreditar por uno o varios de los medios de acreditación, que a continuación describe; dicho establecimiento, relativo a la solvencia técnica exigible lo ha de realizar el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares por mor del artículo 122.2 de la citada ley *«En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan (...)».*

En este sentido, como se ha expuesto ut supra, no es posible, como pretende la recurrente, so pena de conculcar el principio de igualdad de trato, que el órgano de contratación modifique a favor de alguna de las entidades licitadoras las previsiones establecidas en los pliegos para la realización de una actividad simultánea para todas ellas.

En segundo lugar, en cuanto a lo dispuesto en el artículo 89.1.h) de la LCSP, la norma es muy clara siendo únicamente aplicable a contratos no sujetos a regulación armonizada. Y, en tercer lugar, conforme a lo expresado en el tercer párrafo del artículo 86.1 de la citada LCSP, solo es aplicable a la solvencia económica y financiera, sin que sea posible en ambos casos su aplicación analógica, respectivamente, a los contratos sujetos a regulación armonizada, como el que se examina, ni a la solvencia técnica. En efecto, ambas disposiciones son excepciones a las reglas generales de la solvencia que han aplicarse para los supuestos para las que están previstas, sin que sea posible su aplicación analógica, ex artículo 4.1 del Código Civil.

En definitiva, por las razones expuestas en el presente fundamento de derecho, no es posible admitir el alegato de la recurrente en el que solicita que el órgano de contratación, respecto de la solvencia técnica, le efectúe un nuevo requerimiento de la documentación que pueda estimar oportuna, teniendo en consideración la condición de empresa de nueva creación.



OCTAVO. Resta por analizar la pretensión de la recurrente de que el órgano de contratación, respecto de la solvencia técnica, le conceda un trámite de subsanación de la documentación a esos efectos ya presentada.

En este sentido, este Tribunal ha indicado en varias de sus Resoluciones, por todas la 172/2019, de 23 de mayo, que los defectos u omisiones que afectan a la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos del artículo 140 de la LCSP son esencialmente subsanables.

Sin embargo, en el supuesto que se examina es la propia entidad ahora recurrente quien en la documentación a aportar para acreditar su solvencia manifiesta expresamente que *«no puede acreditar la solvencia económica, financiera, técnica y profesional en los términos previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por el que se rige la convocatoria»*. En este sentido, no se trata de subsanar un defecto o una omisión, como pretende la recurrente, pues ella misma, en palabras de su representante legal, “declara bajo su personal responsabilidad” que es una empresa que ha iniciada su actividad comercial en enero de 2019 y que por ese motivo no puede acreditar la solvencia técnica en los términos previstos en el PCAP, de tal suerte que si la propia entidad manifiesta que no puede acreditar dicho requisito no tiene sentido alguno dar un trámite para subsanar algo de lo que según afirma no dispone.

Procede, pues, desestimar el presente alegato y con él el recurso interpuesto.

NOVENO. Por último, es preciso analizar la pretensión del órgano de contratación de imposición de multa a la recurrente. En este sentido, indica en su informe al recurso que *«La actuación de la empresa denota cuanto menos temeridad en la interposición del recurso y en la medida cautelar de suspensión solicitada, con el consecuente perjuicio para la satisfacción de la necesidad pública que se pretende cubrir con el contrato, por lo que se debería acordar la imposición de multa a la recurrente en la cuantía que se estime por el Tribunal, de conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la LCSP.»*.

Al respecto, este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resoluciones 64/2018, de 8 de marzo, 7/2019, de 17 de enero y 346/2019, de 24 de octubre, o la más reciente 314/2020, de 17 de septiembre), 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 la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional :

«Es criterio de esta Sala que *“La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución”* (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular *“algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial”*; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la *“facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe”*, pues *“en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas”* (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)».

En el supuesto examinado, la recurrente declaró textualmente en el DEUC en la parte IV -criterios de selección- que *“Cumple todos los criterios de selección requeridos”*. En este sentido, podría pensarse que



ASP realizó dicha afirmación en la creencia de que podía acreditar su solvencia al ser empresa de nueva creación, aun cuando un operador económico razonablemente informado y normalmente diligente debe saber que los argumentos jurídicos que se alegan en el recurso no son de aplicación al caso que se examina, circunstancia que pudo poner de manifiesto al órgano de contratación en fase de consultas.

Así las cosas, una vez declarada su oferta como la económicamente más ventajosa, fue requerida para acreditar entre otras circunstancias la solvencia técnica, afirmando entonces expresamente que al ser de nueva creación *«no puede acreditar la solvencia económica, financiera, técnica y profesional en los términos previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por el que se rige la convocatoria»*, sin embargo, en este caso no alegó la aplicación a su situación concreta de los argumentos jurídicos que esgrime ahora en el recurso, dado que lo que hizo fue una remisión genérica a los artículos 74 y siguientes de la LCSP con objeto de que el órgano de contratación le requiriera para aportar los medios alternativos recogidos en la normativa vigente para la acreditación de su solvencia.

Por último, tras saber que su oferta no había sido admitida por los motivos que le notificó el órgano de contratación, interpuso un recurso especial en materia de contratación, cuando -volvemos a insistir- un operador económico razonablemente informado y normalmente diligente debe saber que los argumentos jurídicos que se alegan en el recurso no son de aplicación al caso que se examina, pero a mayores no recurrió su exclusión después de haber tenido conocimiento de ella, sino una vez adjudicado el contrato con la suspensión automática del procedimiento de licitación que ello conlleva.

Lo anterior denota, a juicio de este Tribunal, al menos, mala fe en la interposición del recurso y es muestra de deslealtad y abuso del principio de buena fe que debe regir en todo procedimiento administrativo, por lo que procede la imposición de multa.

En cuanto al importe de la multa, el artículo 58.2 de la LCSP dispone que *«(...) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos»*.

En el supuesto enjuiciado, este Tribunal, acuerda imponer a la empresa recurrente multa por los perjuicios provocados como consecuencia de la suspensión automática de la adjudicación tanto a la Administración como a la entidad adjudicataria en la cuantía mínima de 1.000 euros, teniendo en cuenta que, pese a que



el órgano de contratación alega determinados perjuicios no los llega a cuantificar, por lo que este Órgano no dispone de datos que permitan determinar el alcance de los mismos.

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 **ADVANCED STERILIZATION PRODUCTS ESPAÑA, S.L.** contra la resolución, de 21 de febrero de 2020, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de material específico de esterilización con destino a los centros integrantes de la Plataforma Logística Sanitaria de Almería” (Expediente 2019/031589 CCA. 6W311PG), respecto del Lote 38, convocado por el Hospital Universitario Torrecárdenas, adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

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, cuyo mantenimiento fue adoptado por este Tribunal mediante Resolución de 9 de julio de 2020.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 58.2 de la LCSP, se acuerda imponer a la entidad recurrente una multa por mala fe en cuantía de 1.000 euros.

CUARTO. 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.

