

Recurso 174/2020

Resolución 377/2020

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

Sevilla, 6 de noviembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PLATAFORMA FEMAR S.L.** contra la resolución de adjudicación de los lotes 1 y 2 del contrato denominado “Suministro de productos alimenticios varios, lácteos y otros refrigerados” (Expte. CONTR SUM/03/19), promovido por la Delegación Territorial de Educación, Deporte, Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en Cádiz, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 19 de septiembre de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de suministros citado en el encabezamiento de esta resolución. En la misma fecha se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 1.058.118,90 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 citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 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 25 de junio de 2020 se dicta resolución de adjudicación del mencionado contrato a la entidad COMERCIAL ASTORGA S.L. (en adelante ASTORGA).

CUARTO. El 16 de julio de 2020, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad PLATAFORMA FEMAR S.L. (en adelante FERMAR) contra el mencionado acuerdo de 25 de junio de 2020.

QUINTO. Mediante oficio de 17 de julio de 2020, la Secretaría de este Tribunal dio traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y le solicitó la remisión del informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. La documentación requerida fue remitida a este Tribunal con fecha 25 de julio de 2020.

SEXTO. Con fecha de 4 de septiembre de 2020, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado la entidad ASTORGA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 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, 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.

En este sentido, nos encontramos ante un contrato de suministro con un valor estimado superior a 100.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es la adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del 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 notificación de la resolución de adjudicación, según consta, fue remitida a la recurrente el 25 de junio de 2020 y publicada en el mismo día en el perfil por lo que el recurso especial presentado en el registro electrónico de este Tribunal el 16 de julio de 2020 lo fue en plazo.



QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de las cuestiones planteadas.

La entidad recurrente denuncia en su recurso que la adjudicataria no cumple en el momento de presentar su oferta, que tenía como límite el 9 de octubre de 2019, uno de los requisitos de solvencia técnica que se establecen en el Anexo XVI del pliego de cláusulas administrativas particulares:

“3. Informe favorable de la última supervisión completa o auditoría del sistema de autocontrol emitido por los servicios oficiales de control competente o informe favorable de auditoría sobre la implantación y/o aplicación de la norma UNE-ENISO 2200, (Sistemas de gestión de la inocuidad de los alimentos), o norma equivalente, emitido por una empresa certificadora autorizada para ello. La fecha de emisión del citado informe no podrá ser anterior al 1 de abril de 2017.”.

En consecuencia, solicita la exclusión de la adjudicataria.

Por su parte, el órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, emite su informe en el que rebate la argumentación expuesta por la recurrente.

Finalmente ASTORGA se opone al recurso en los términos que constan en su escrito que obra en el expediente.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes en el anterior fundamento jurídico, procede su examen.

La recurrente considera que la entidad adjudicataria debió ser excluida porque a la fecha de finalización del plazo para la presentación de ofertas no cumplía uno de los requisitos de solvencia técnica exigidos por el pliego.

Procede pues exponer aquellos datos relevantes del expediente para la resolución de la controversia.

La cláusula 6.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establece:



“6.2. Solvencia.

a) Para celebrar contratos, las personas empresarias deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia querida para acreditar las mismas. (...)

b) Requisitos de solvencia técnica complementaria.

En los contratos sujetos a regulación armonizada, el órgano de contratación podrá exigir la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que la persona empresaria cumple determinadas normas de garantía de la calidad, en particular en materia de accesibilidad para personas con discapacidad, o de gestión medioambiental, conforme a lo dispuesto en los artículos 93 y 94 LCSP. Dichos certificados se especificarán, en su caso, en el anexo I.”

El apartado e) de la cláusula 10.7 del PCAP, Documentación previa a la adjudicación, establece la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad:

“En los casos en que así se señale en el anexo I, las personas licitadoras presentarán los certificados a que se refieren los artículos 93 y 94 del LCSP, relativos al cumplimiento por la persona empresaria de las normas de garantía de la calidad.

Se reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea y también se aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presente la persona licitadora,().”

El Anexo I del PCAP, en su punto 5, establece:

“Presentación de certificados expedidos por organismos independientes acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de la calidad o de gestión medioambiental (contratos sujetos a regulación armonizada):
Sí

Informe favorable de la última supervisión completa o auditoría del sistema de autocontrol emitido por los servicios oficiales de control competente o informe favorable de auditoría sobre la implantación y/o aplicación de la norma UNE-EN-ISO 2200, (Sistemas de gestión de la inocuidad de los alimentos), o norma equivalente, emitido por una empresa certificadora autorizada para ello. La fecha de emisión del citado informe no podrá ser anterior al 1 de abril de 2017.



No será necesario este informe a las empresas que se dediquen únicamente a la distribución de productos y no posean instalaciones, en este caso deberá aportar el citado informe de todos y cada uno de sus proveedores.”.

El Anexo XVI del PCAP, solvencia técnica, establece:

*“ANEXO XVI
SOLVENCIA TÉCNICA.*

La solvencia técnica se acreditará por el medio o los medios que se señalan a continuación de forma acumulativa.:

(...)

3. Informe favorable de la última supervisión completa o auditoría del sistema de autocontrol emitido por los servicios oficiales de control competente o informe favorable de auditoría sobre la implantación y/o aplicación de la norma UNE-ENISO 2200, (Sistemas de gestión de la inocuidad de los alimentos), o norma equivalente, emitido por una empresa certificadora autorizada para ello. La fecha de emisión del citado informe no podrá ser anterior al 1 de abril de 2017.

No será necesario este informe a las empresas que se dediquen únicamente a la distribución de productos y no posean instalaciones, en este caso deberá aportar el citado informe de todos y cada uno de sus proveedores.”.

Según el informe del órgano de contratación ASTORGA tras el requerimiento de documentación previa a la adjudicación, aporta acta de inspección sanitaria de 11 de febrero de 2020, sin incidencias (incorporado al expediente administrativo) si bien la mesa en la sesión de 6 de marzo de 2020 no la consideró suficiente en virtud de los términos requeridos en el PCAP solicitándole subsanación el día 1 de junio de 2020 tras el levantamiento de los plazos administrativos contractuales.

ASTORGA, presentó el día 4 de junio de 2020 la documentación requerida. En cuanto a la acreditación del cumplimiento de la garantía de la calidad de conformidad con el punto e) del apartado 10.7 del PACP y con el punto 3 del anexo XVI , aporta acta de inspección sanitaria de 20/3/2020 (incorporada al expediente administrativo).



La mesa consultó a la Sección de Sanidad Alimentaria dentro del Servicio de Salud Pública de la Delegación Territorial de Salud y Familia de Cádiz en relación a la documentación aportada, que respondió en los siguientes términos:

“Con referencia a su solicitud de información sobre si la documentación aportada por la Comercial Astorga S.L., tras el requerimiento realizado en relación a la convocatoria para suministro de alimentos “varios”, cumple con los requisitos exigibles en el apartado de “calidad”, teniendo en cuenta la última supervisión o auditoría de los sistemas de autocontrol de la empresa por los servicios oficiales de control, les informamos:

Tras la aportación del Acta de cierre de la Supervisión Conforme, se comprueba en la Base de datos ALBEGA que efectivamente se le ha realizado una Supervisión completa de su Sistema de Autocontrol con fecha de cierre de 20/03/2020 y el resultado es Conforme, por lo que cumple lo requerido en los pliegos. Adjuntamos captura de pantalla de ALBEGA para comprobación de la valoración final de la Supervisión citada.”.

Expuestos los datos relevantes debemos comenzar indicando que el artículo 140.4 de la LCSP dispone:

“Artículo 140. Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos.
4. 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.”

Por su parte, el artículo 93 de la LCSP, inserto en la Subsección 3.^a “Solvencia”, de la Sección 2.^a “Acreditación de la aptitud para contratar,” del CAPÍTULO II “Capacidad y solvencia del empresario” del TÍTULO II “Partes en el contrato” de la LCSP, dispone:

“Artículo 93. Acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad.
1. En los contratos sujetos a una regulación armonizada, cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantías de calidad, en particular en materia de accesibilidad para



personas con discapacidad, deberán hacer referencia a los sistemas de aseguramiento de la calidad basados en la serie de normas en la materia, certificados por organismos conformes a las normas europeas relativas a la certificación.

2. Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios.”

El punto de partida es que el pliego exige como requisito de solvencia técnica la aportación de Informe favorable de la última supervisión completa o auditoría del sistema de autocontrol emitido por los servicios oficiales de control competente o informe favorable de auditoría sobre la implantación y/o aplicación de la norma UNE-ENISO 2200, (Sistemas de gestión de la inocuidad de los alimentos), o norma equivalente, emitido por una empresa certificadora autorizada para ello. El objeto de debate es si sería admisible un informe de fecha posterior a la fecha límite para la presentación de proposiciones.

Como viene sosteniendo este Tribunal, por todas Resolución 262/2019, de 9 de agosto, que se invoca en el escrito de recurso:

“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.”.

Asimismo, respecto a la posible subsanación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos se ha pronunciado este Tribunal entre otras en su Resolución 117/2017, de 31 de mayo, al disponer que *“En torno a la cuestión de los defectos subsanables en el curso del procedimiento de contratación, en la Resolución 54/2013, de 2 de mayo, este Tribunal analizaba la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado donde se precisa que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de requisitos exigidos y subsanables aquellos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos.*

En tal sentido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 47/2009, de 1 de febrero de 2010, indicó que “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, teniendo en cuenta que el plazo de presentación de proposiciones finalizó el 21 de enero de 2019, el documento aportado por la recurrente en el plazo de subsanación concedido no acredita la disposición por esta del correspondiente certificado 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 previsto en el pliego.

Como conclusión, siendo el PCAP, como ya hemos indicado un acto firme y consentido, tanto las entidades licitadoras como el órgano de contratación han de estar y pasar por su contenido, lo que determina que si la recurrente incumple un determinado requisito exigido en los pliegos, en concreto la acreditación de la solvencia técnica en los términos previstos en su cláusula 2.6.2 en su apartado b), la consecuencia es la exclusión de su proposición, no pudiendo la licitadora continuar en el procedimiento, siendo por tanto correcta la actuación de la mesa de contratación, ya que lo contrario supondría una vulneración del principio de igualdad de trato entre las entidades licitadoras.

Al respecto se ha pronunciado este Tribunal en su Resolución 214/2018, de 13 de julio, al disponer que *“En definitiva, el principio de igualdad de trato supone que las licitadoras deben poder conocer con claridad los requisitos y trámites procedimentales que resultan aplicables y la imposibilidad de modificar a favor de una licitadora los requisitos exigidos para todas ellas. Si la licitadora no cumplimenta adecuadamente el requerimiento dentro de los plazos concedidos, ello determinará la exclusión del procedimiento (v.g. Resoluciones de este Tribunal 306/2016 y 309/2016, de 2 de diciembre, 37/2017, de 27 de enero y 21/2018, de 31 de enero, entre las más recientes).”*



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) (...)”*. “

Este criterio ha sido mantenido por este Tribunal en recientes Resoluciones, como en la Resolución 134/2020, de 1 junio, cuyas consideraciones si bien se refieren a la solvencia económica, resultarían igualmente de aplicación al presente caso.

En consecuencia, no queda acreditado el cumplimiento del requisito de solvencia técnica exigido por el pliego por lo que procede estimar el recurso.

El órgano de contratación alega que la empresa recurrente FEMAR en dos contratos similares licitados paralelamente a esta licitación, concretamente “alimentos carnes y derivados frescos” y “congelados” a los mismos Centros de Protección de Menores, también presentó oferta, con los mismos criterios de solvencia técnica y con las mismas circunstancias. Señala el informe que no procedió a la exclusión de ASTORGA en la presente licitación porque, en las otras, la mesa mantuvo el criterio de no exclusión al considerar lo novedoso de este criterio de calidad a las empresas del sector de alimentación, siempre y cuando esta acreditación se aportara tras el requerimiento. Así pues, continúa el informe, debe destacarse que la recurrente no fue excluida tampoco en los otros contratos donde se le requirió la misma documentación en la misma fase del procedimiento y en los que aún no disponía de la certificación contestando que dispondría de la certificación en los próximos 30 días, precisamente por lo novedoso del requisito y la dificultad de su acreditación. De esta manera de seguir el argumento de la recurrente, ella misma carecería de la solvencia técnica en la fecha de presentación de ofertas pues no fue hasta el 20 de febrero de 2020, siendo el requerimiento de documentación previa el 5 de febrero de 2020, cuando aportó el informe de



auditoría y certificación por parte de OCA Instituto de Certificación, S.L.U. de su sistema de gestión para la inocuidad de los alimentos conforme a la norma UNE-EN ISO 22000:2018, aplicable a distribución de alimentación con almacén propio, 4 meses y 11 días después de la fecha límite de presentación de ofertas, que fue el 9 de octubre de 2019.

Pues bien, el hecho de que dicha circunstancia se hubiera dado en otros procedimientos de licitación no puede obviar la aplicación de las normas pertinentes al presente caso, estando este Tribunal obligado a la revisión de los actos de los que conozca en virtud de los recursos presentados desde el punto de vista de su adecuación a derecho. Procede recordar como este Tribunal ha declarado en otras ocasiones (v.g. Resoluciones 336/2018, de 30 de noviembre, 299/2018, de 25 de octubre, 236/2018, de 8 de agosto, 61/2019, de 7 de marzo, 79/2019, de 21 de marzo, 90/2019, de 21 de marzo, 185/2019, de 6 de junio, 257/2019, de 9 de agosto y 250/2020, de 16 de julio, entre otras) el carácter autónomo e independiente de los procedimientos de contratación respecto de otros anteriores o coetáneos, aun cuando coincidan en objeto y sujeto, en el sentido de que las actuaciones seguidas y las vicisitudes acaecidas en los mismos no pueden influir en otras licitaciones presentes o futuras que se rigen por sus propios pliegos y demás documentos contractuales. Y todo ello sin perjuicio de las consecuencias que para esos otros contratos adjudicados podría tener, caso de apreciarse por el órgano de contratación y a la vista de la presente resolución, la falta de solvencia técnica de la adjudicataria, de conformidad con lo establecido en los artículos 38 y siguientes de la LCSP.

SÉPTIMO. La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho de esta resolución debe llevarse a cabo anulando la resolución del órgano de contratación, de 25 de junio de 2020, por la que se adjudica el contrato, con retroacción de las actuaciones al momento previo a la propuesta de adjudicación, para que se proceda por la mesa de contratación a excluir a ASTORGA, con continuación en su caso del procedimiento de licitación.

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 **PLATAFORMA FEMAR S.L.** contra la resolución de adjudicación de los lotes 1 y 2 del contrato denominado “Suministro de productos alimenticios varios, lácteos y otros refrigerados” (Expte. CONTR SUM/03/19), promovido por la Delegación Territorial de Educación, Deporte, Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en Cádiz, y en consecuencia, anular el acto de adjudicación, para que se proceda en los términos expuestos en los fundamentos de la presente resolución.

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.

TERCERO. 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.

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.

