

**Recurso 22/2021**

**Resolución 274/2021**

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

Sevilla, 8 de julio de 2021.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HEXACATH ESPAÑA, S.L.** contra el acuerdo de exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Acuerdo marco con única empresa por lotes y agrupaciones de lotes para el suministro de tracto sucesivo y precio unitario de prótesis cardiológicas y material específico para hemodinámica, con cesión de uso de equipamiento necesario para la utilización del material para la Plataforma Logística Sanitaria de Almería” (Expte. 936/2019), respecto de los lotes 73, 78, 79 y 80, promovido por el Hospital Universitario Torrecárdenas (Almería), adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 27 enero de 2020, 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 acuerdo marco para el suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 23.067.416,82 euros. En dicho día los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil.



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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

En la sesión de 18 de diciembre de 2020, la mesa de contratación adopta el acuerdo de exclusión, respecto de los lotes 73, 78, 79 y 80, de la entidad HEXACATH ESPAÑA, S.L., (en adelante HEXACATH).

**SEGUNDO.** Con fecha 20 de enero de 2021 fue presentado, a través de Correos y comunicado por correo electrónico a este Tribunal con la misma fecha, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad HEXACATH contra el citado acuerdo de exclusión de 18 de diciembre de 2020. En el referido escrito se solicita, entre otros extremos, la suspensión de la tramitación del expediente de contratación

Posteriormente, el mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación el 21 de enero de 2021, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 27 de enero 2021.

Por Resolución, de 4 de febrero de 2021, este Tribunal acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente.

Con fecha 19 de febrero de 2021, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

Asimismo, para la resolución del presente recurso, ha sido necesario requerir al órgano de contratación, con fecha 1 de julio de 2021, documentación complementaria. Lo solicitado ha sido recibido con fecha 7 de julio de 2021.



## 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 entidad licitadora, respecto de los lotes 73, 78, 79 y 80, en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

**TERCERO.** En el presente supuesto el recurso se interpone contra un acto de trámite cualificado, en concreto el acuerdo de exclusión, de un acuerdo marco para 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.b) y 2.b) de la LCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el acuerdo de exclusión fue notificado a la recurrente con fecha 28 de diciembre de 2020 y el escrito de recurso ha sido presentado, a través de la oficina de Correos, con fecha 20 de enero de 2021, por lo que, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

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

La mesa de contratación, en su sesión privada celebrada el día 13 de noviembre de 2020, procede a la comprobación de la documentación acreditativa de la capacidad y la solvencia requerida a las empresas propuestas como adjudicatarias, encontrándose entre ellas la entidad HEXACATH. A la vista de la misma, acuerda requerir a algunas de las empresas para que subsanen las deficiencias observadas. Con respecto a la hoy recurrente, se le requiere para que presente la siguiente documentación:



*"Acreditación de solvencia económica: Documentación acreditativa del volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiere el contrato referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles, el volumen anual de negocios se acreditará por medio de sus cuentas anuales, aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil.*

*Debe tenerse en cuenta que, conforme a lo dispuesto en la cláusula 6.2.1 del PCAP, los documentos que se presenten para acreditar la capacidad y solvencia, deberán ser originales, copias legalizadas notarialmente o copias compulsadas.*

*Certificados acreditativos de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias con la Comunidad Autónoma de Andalucía."*

A continuación, en la sesión del día 18 de diciembre de 2020 la mesa, a la vista de la subsanación realizada por la citada entidad, concluye que *"no se ha cumplimentado adecuadamente el requerimiento efectuado, no habiéndose acreditado la solvencia económica conforme a lo dispuesto en el Pliego, esto es, mediante las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, en los términos definidos en los artículos 367 y 368 del Reglamento del Registro Mercantil, RD 1784/1996, de 19 de julio, habiéndose presentado únicamente Informe del Impuesto de Sociedades del año 2018 y notificación del asiento de presentación del Registro Mercantil de Barcelona, resultando excluida del procedimiento de licitación y siendo procedente que se recabe la documentación al licitador siguiente (...)"*

Disconforme con la decisión de exclusión adoptada por la mesa, HEXACATH presenta recurso especial en materia de contratación por el que impugna dicho acto, solicitando en su escrito a este Tribunal lo siguiente: *"anule la actuación impugnada y, asimismo, ordene la retroacción de actuaciones y que por la Mesa de Contratación se conceda plazo de subsanación con indicación precisa de la documentación específica que considera pertinente que se aporte."*

En particular, centra sus argumentos en el siguiente alegato:

- Sostiene que, con respecto a las cuentas del ejercicio 2018, se encuentran aprobadas y depositadas en plazo aún cuando se aportara sólo el dato del asiento de presentación en el Registro Mercantil, pues desconocían la documentación específica que se les estaba requiriendo. Argumenta que los pliegos no exigen la aportación de documento específico para certificar o acreditar el depósito de las cuentas y que el requerimiento de subsanación tampoco es preciso y claro. Y acompaña al escrito de recurso el documento que considera acreditativo de que las cuentas de 2018 han sido tenidas por depositadas por el registrador mercantil.



Además, afirma en cuanto a las cuentas del ejercicio 2019, que su presentación y depósito se ha visto afectada por los problemas generados a consecuencia del COVID-19 que ha provocado una ralentización del funcionamiento de los registros mercantiles, de tal manera que, las cuentas fueron presentadas el 30 de julio de 2020, esto es, un mes antes de que finalizara el plazo para ello, recibándose la calificación positiva del registrador -previo plazo de subsanación- el día 14 de enero de 2021.

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.

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

Con respecto al depósito de las cuentas de 2018, la recurrente -apoyándose en la doctrina de diversos Tribunales- combate la decisión de exclusión de la mesa argumentando lo siguiente:

*“Es por ello que en HEXACATH hubiéramos deseado que en el requerimiento de subsanación se no hubiera indicado, de forma clara y precisa, cuál era el contrato [concreto] documento que la Mesa de Contratación quería que aportáramos. Y esa precisión y claridad creemos que, además, viene justificado por el dato y realidad de que, cumpliendo HEXACATH el requisito sustantivo (repetimos una vez más -y perdónesenos por la insistencia- que esta licitadora cumple el requisito sustantivo, pues las cuentas anuales de 2018 habían sido ya tenida por depositadas por el Registrador Mercantil en 2019, acreditando un volumen anual de negocio superior al mínimo requerido en el apartado 18 del Cuadro Resumen del PCAP) y, a pesar de ello, se viene a excluir a la mejor oferta en relación calidad-precio para la Administración contratante: el requerimiento y advertencia en unos términos suficientemente claros para que sean fácilmente comprensibles por una empresa licitadora, sin dejar atisbo de duda, no solo beneficia a esta licitadora sino a la propia Administración que, tras una ardua, prolija y procelosa tramitación ha llegado a identificar a la oferta que mejor satisface sus intereses.*

*(...)*

*Nótese que no estamos sosteniendo que se nos deba dar una doble posibilidad de subsanación.*

*Lo que estamos invocando es que, si la Mesa de Contratación consideraba (como, de hecho, hemos comprobada que considera) que en el trámite de subsanación debíamos aportar una documentación específica para acreditar que las cuentas anuales justificativas de la solvencia económica habían sido tenidas por depositadas por el Registrador Mercantil, lo pertinente y adecuado era que nos lo hubiera indicado con precisión: y ello porque lo que*



*aportamos, a la luz de los genéricos términos del requerimiento (que reiteran la escueta mención del apartado 18 del Cuadro Resumen del PCAP) fue la documentación acreditativa del volumen anual de negocio ex cuentas anuales de 2018, aprobadas y depositadas, de HEXACATH. Esas cuentas anuales se encontraban legalmente depositadas, pues ya había sido tenidas por depositadas por el Registrador Mercantil, y en ningún momento se nos dio una indicación clara y terminante de que se debía aportar un documento específico acreditativo de que el Registrador Mercantil las hubiera tenido por depositadas (únicamente se exige en el pliego que las cuentas anuales, de las que resulte un volumen anual de negocio que alcance el mínimo exigido, han de ser una cuentas anuales aprobadas y depositadas).*

*Lo que invocamos es que se nos de la oportunidad de subsanación con indicación clara de lo que se nos requiere. Y ello, además, viene apoyado por la justificación que la citada Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales cita a los efectos de la subsanabilidad de la documentación a aportar en el trámite regulado en el artículo 150 de la LCSP.*

*(...)*

*Este razonamiento puede igualmente aplicarse al supuesto que nos ocupa pues, aún cuando la documentación aportado por HEXACATH no se ajuste formalmente a lo querido por la Mesa de Contratación, de su contenido no se puede concluir que las cuentas anuales de 2018 no han sido tenidas por depositadas por el Registrador Mercantil. Por tanto, la Mesa de Contratación podría haber pedido aclaraciones a HEXACATH, que las habría facilitado de forma inmediata, en lugar de proceder a su exclusión, solución que creemos -lo decimos con el máximo de los respetos- que resulta totalmente desproporcionada cuando HEXACATH ha demostrado ser la mejor oferta en relación calidad-precio y, además, cumple sustantivamente con el requisitos de solvencia económica (pues la cuentas anuales de 2018 ya habían sido tenidas por depositadas por el Registrador Mercantil con mucha anterioridad al requerimiento de noviembre de 2020 y el importe de volumen anual de negocio resultante de las mismas supera el mínimo exigido en el apartado 18 del Cuadro Resumen del PCAP, que alude al mejor de los tres último ejercicios -esto es, basta con cualquiera de ellos-).*

Con respecto a las cuentas anuales de 2019, la recurrente argumenta lo siguiente:

*“De acuerdo con dichas previsiones legales, dictadas en atención a las graves e imprevisibles circunstancias provocadas por el COVID-19, las cuentas anuales de HEXACATH correspondientes a 2019 se presentan el 30 de julio 2020 (se acompaña, como documento núm. 6, copia del asiento de presentación), esto es, un mes antes de que finalizara el plazo para ello. El 17 de septiembre de 2020 se recibió la calificación negativa (se acompaña como documento núm. 7), presentándose la subsanación el 25 de noviembre de 2020 (se acompaña como documento núm. 8 -el plazo otorgado para la subsanación era hasta el 30 de noviembre de 2020-), y recibándose la calificación positiva el 14 de enero de 2021 (se acompaña como documento núm. 9).*



*Tal y como resulta del citado calendario, en un año de normal funcionamiento del Registro Mercantil a octubre de 2020 ya se habría dispuestos de las cuentas anuales calificadas positivamente, tras la subsanación, y tenidas por depositadas por el Registrador Mercantil, que igualmente hubieran servido para acreditar la solvencia económica y financiera de HEXACATH.*

*El que esto no haya sido así obedece a los graves problemas provocados por el COVID- 19, lo que constituye un supuesto de fuerza mayor que entendemos que asimismo debería ser considerado por ese Tribunal a los efectos de la resolución de este recurso y la debida aplicación del principio de proporcionalidad."*

Por lo tanto, la controversia radica en discernir si el requerimiento de subsanación que hace el órgano de contratación a HEXACATH fue lo suficientemente concreto y claro, en cuanto a las deficiencias a subsanar o si, por el contrario, -tal como sostiene la recurrente- este fue incompleto favoreciendo con ello la confusión de aquella y si, por lo tanto, la decisión de exclusión adoptada por la mesa puede considerarse desproporcionada al efecto producido.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, en lo que aquí nos interesa, manifiesta lo siguiente:

*"1. Manifiesta la recurrente que si bien el Pliego exige que el volumen anual de negocio se acredite mediante las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil "no exige que se aporte ningún documento específico que acredite el depósito, esto es, que el Registrador Mercantil ha tenido estas cuentas por depositadas".*

*Debemos señalar que, no señalando el Pliego un medio específico de acreditación, deberá considerarse admisible cualquier medio de prueba válidamente admitido en derecho. Esto es, cualquier documento que válidamente acredite que las cuentas han sido efectivamente depositadas en el Registro Mercantil.*

*Ahora bien el fundamento de la exclusión de la recurrente no es que haya presentado un documento acreditativo del depósito que examinado por la Mesa de Contratación no ha sido admitido, sino que la exclusión se basa en el hecho incuestionable de que la empresa HEXACATH ESPAÑA S.L. no ha presentado en tiempo y forma ningún documento que acredite fehacientemente que las cuentas han sido aprobadas y depositadas.*

*Lo que no puede ser cuestionado es la necesidad de acreditar debidamente el cumplimiento de los requisitos de solvencia, (...)*

*Pues bien, no puede admitirse la alegación de que con la presentación de estos documentos se de cumplimiento al requerimiento efectuado. Ha de señalarse que ninguno de los documentos aportados que se citan, ni el Informe de Impuesto de Sociedades del año 2018 ni el asiento de presentación de las cuentas anuales de 2019, acreditan lo exigido, que como ya se ha señalado es que se presenten cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro*



*Mercantil. Es evidente que el Informe de Impuesto de Sociedades del año 2018 no permite en modo alguno constatar que se ha efectuado el depósito de las cuentas anuales correspondientes a ese año, entendiendo las cuentas depositadas cuando se produzca la calificación e inscripción del depósito en los términos del artículo 368 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. Del mismo modo el asiento de presentación de cuentas del año 2019 lo único que acredita es que las cuentas del año 2019 están presentadas, en los términos del artículo 367 del citado Reglamento del Registro Mercantil, y no depositadas.*

*Así pues, a diferencia de lo que alega la recurrente, no se ha presentado en tiempo y forma documentación acreditativa del volumen anual de negocio en el ámbito al que se refiere el contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas, volumen anual de negocio que debe acreditarse precisamente mediante las cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil.*

*3. Alega la recurrente que la Mesa de Contratación podría haber acordado solicitar aclaraciones sobre la documentación presentada, en los términos que recoge la cláusula 7.4.1 del PCAP.*

*(...)*

*Cabe decir que una vez examinada por la Mesa de Contratación la documentación presentada por los candidatos propuestos tras el requerimiento efectuado con otorgamiento de diez días de plazo para acreditación de capacidad y solvencia para contratar, en cumplimiento escrupuloso de lo previsto en el Pliego, y en conformidad con la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre la admisión de solicitud de subsanación realizada por el órgano de contratación, se requirió a varias de las empresas propuestas, entre ellas a HEXACATH ESPAÑA S.L. para que subsanaran la documentación presentada, requerimiento que les fue efectuado con fecha 24 de noviembre de 2020 y que la hoy recurrente reproduce en su escrito de recurso.*

*(...)*

*Efectuado este segundo requerimiento lo único que la Mesa podía hacer era calificar la documentación presentada en respuesta al mismo, examinando si se había presentado o no la documentación requerida. Del examen de la documentación resultó, como se ha dicho, que se habían presentado documentos que no acreditaban lo solicitado, sin que procediera ya solicitar aclaración alguna, por ser claro el contenido de los documentos presentados, resultando evidente e indubitado que ni el Informe de Impuesto de Sociedades del año 2018 ni el asiento de presentación de las cuentas anuales del año 2019 respondían a lo solicitado.*

*4. Insiste la recurrente en su escrito en que si se les hubiera exigido de forma precisa la aportación de un documento específico lo habrían aportado, sin duda, y que si debían aportar una documentación específica para acreditar que las cuentas anuales acreditativas de la solvencia económica habían sido depositadas debió haberseles indicado así expresamente.*





*Sin embargo, en opinión de este órgano de contratación, no cabe más precisión que la establecida en el Pliego. Cuando se hace constar que "el volumen anual de negocios se acreditará por medio de sus cuentas anuales, aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil" resulta evidente que debe acreditarse que las cuentas han sido aprobadas y depositadas. No basta con la presentación de las cuentas anuales. Deben ser cuentas aprobadas y depositadas. ¿Y cómo puede tenerse la certeza de que efectivamente han sido aprobadas y depositadas si estas circunstancias no se acreditan?*

*En definitiva la interpretación alegada por la empresa recurrente para justificar la no presentación de la documentación requerida no es, a nuestro juicio, admisible. Debe ponerse de manifiesto que el Pliego no ha ocasionado dificultades de interpretación, en este punto, para ninguna de las restantes empresas propuestas como adjudicatarias que han dado cumplimiento exacto a lo requerido. Lo cierto es que los efectos que despliega el propio PCAP, y el Cuadro Resumen, así como la definición propia de acreditación de solvencia económica establecida en el articulado de la Ley, no da margen a interpretación alguna, y de no haber sido excluidos, se habría incurrido en una lesión al principio de igualdad entre los licitadores, pues en este sentido, es doctrina reiterada del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero y 251/2018, de 13 de septiembre, entre otras muchas) la necesidad de que las proposiciones de las entidades licitadoras se ajusten a las especificaciones de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, *lex contractus* o *lex inter partes* que vinculan no solo a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos. "*

Pues bien, en cuanto al requerimiento de documentación previa, de fecha 19 de octubre de 2020, el órgano de contratación se dirige a HEXACATH en los siguientes términos:

*"Mediante el presente venimos a poner en su conocimiento, en relación al expediente anteriormente epigrafiado, que reunida la Mesa de Contratación y una vez aplicados los criterios de adjudicación, ha resultado la oferta presentada por esa entidad en el expediente de contratación en el asunto epigrafiado, la económicamente más ventajosa, respecto de los lotes independientes n.º 73, 78, 79 y 80, la Mesa eleva propuesta de adjudicación, por lo que se les requiere, para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa del cumplimiento de los requisitos previos, conforme a lo estipulado en la cláusula 7.4 del PCAP que rige la contratación (documentación acreditativa de la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones para contratar...) y de haber constituido la garantía definitiva que a continuación se detalla (...)."*



En respuesta a la petición de documentación, la recurrente aporta -entre otros documentos- el informe del Impuesto de Sociedades de 2018 y el justificante de haber presentado en el Registro Mercantil las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Posteriormente, con fecha 24 de noviembre de 2020, examinada la documentación aportada por la recurrente, la mesa requiere a HEXACTH para que subsane en los siguientes términos:

*“Mediante el presente venimos a poner en su conocimiento, en relación al expediente anteriormente epigrafiado, que reunida la Mesa de Contratación acuerdan concederle un plazo máximo de 3 días hábiles, contados desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido este requerimiento, para que aporten ante el registro de esta Administración de la Central Provincial de Compras de Almería (anteriormente denominada Plataforma de Logística Sanitaria de Almería), sita en Hospital Universitario Torrecárdenas, la siguiente documentación:*

*-Acreditación solvencia económica: Documentación acreditativa del volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiere el contrato referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles, el volumen anual de negocios se acreditará por medio de sus cuentas anuales, aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil.*

*Deberá tenerse en cuenta que, conforme a lo dispuesto en la cláusula 6.2.1 del PCAP, los documentos que se presenten para acreditar la capacidad y solvencia, deberán ser originales, copias legalizadas notarialmente o copias compulsadas.*

*-Certificados acreditativos de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias con la Comunidad Autónoma de Andalucía.*

*En base a lo expuesto, venimos a requerirles para la presentación de la documentación señalada (...).”*

En respuesta a este requerimiento de subsanación, y en cuanto a la acreditación de la solvencia económica, la recurrente presenta el informe del Impuesto de Sociedades del año 2018 y la notificación del Registro Mercantil del asiento de presentación de las cuentas de 2018.

En relación con todo ello, procede analizar lo establecido en la cláusula 7.4 del PCAP, relativa a la adjudicación del acuerdo marco y notificación de la adjudicación, que dispone:

*“7.4.1.- El órgano de contratación requerirá a la persona licitadora que haya presentado la mejor oferta para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento,*



*presente la documentación acreditativa de la capacidad, solvencia establecidas en el apartado 18 del Cuadro Resumen y ausencia de prohibiciones para contratar, caso de no haberse aportado con anterioridad y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente”.*

Por su parte, el apartado 18 del cuadro resumen, referido a los documentos relativos a la solvencia económica, financiera y técnica y, en su caso, de capacidad, indica -en cuanto a la acreditación de la solvencia económica y financiera- que se estará al *“volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiere el contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe mínimo igual o superior a la mitad de una anualidad del valor estimado por importe total de 3.112.240,90 euros (IVA incluido). El volumen anual de negocios del licitador o candidato 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 se acreditarán por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito.(...)”*

Como podemos observar, el órgano de contratación requirió inicialmente a HEXACATH la documentación previa a la adjudicación de acuerdo a lo establecido en la cláusula 7.4 del PCAP y, concretamente, indicando entre paréntesis lo siguiente: *“(documentación acreditativa de la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones para contratar...)”*. Posteriormente, en plazo de subsanación, solicita nuevamente la documentación acreditativa, con carácter genérico, de la solvencia económica indicando: *“Documentación acreditativa del volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiere el contrato referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles, el volumen anual de negocios se acreditará por medio de sus cuentas anuales, aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil”*.

Pues bien, aun cuando es cierto que la actuación de la recurrente adoleció de la diligencia que se le presume a toda licitadora en el momento de presentación de la documentación requerida, no lo es menos que también la mesa de contratación realizó un requerimiento genérico en fase de subsanación, en cuanto a la solvencia económica y financiera, pues no especificó el defecto u omisión que debía subsanarse y que, teniendo en cuenta los datos económicos del volumen de negocios facilitados por HEXACATH así como la fase del procedimiento en la que nos encontramos, es decir, la previa a la adjudicación, la mesa pudo solicitar aclaración específica sobre el extremo concreto de la acreditación del depósito de las cuentas de 2018 en el Registro Mercantil. Así, y al amparo del principio de proporcionalidad (artículo 132.1 de la LCSP) habría evitado acudir a una decisión tan gravosa para la licitadora como es la exclusión, pues habría



tenido la oportunidad de comprobar que las cuentas de 2018 habían sido presentadas y calificadas por el registrador mercantil en fecha adecuada para esta licitación. Es más, de haber efectuado el requerimiento de subsanación de modo adecuado y concreto, habría permitido a la recurrente conocer qué documentación concreta era la que tenía que facilitar.

En este sentido, este Tribunal se ha pronunciado en diversas resoluciones, valga por todas la Resolución 65/2017, de 31 de marzo, en la que se indica lo siguiente:

*“Se constata, pues, que la citada documentación era insuficiente para la acreditación de la solvencia económica en los términos señalados en el PCAP, razón por la que la mesa de contratación acordó válidamente requerir de subsanación a la empresa ahora recurrente; ahora bien, es el contenido del requerimiento efectuado el que resulta incompleto (...).*

*Es por ello que, para tener por formulado de modo correcto el requerimiento de subsanación, debieron brindarle a la recurrente todas las opciones posibles que permitía el PCAP para la acreditación de la solvencia económica, tomando como base la documentación inicialmente aportada por aquella a la licitación. Desde esta óptica, asiste razón a la recurrente cuando afirma que el requerimiento de la mesa debió ir dirigido a subsanar la solvencia económica declarada y no acreditada, solicitándole las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil de Madrid o el modelo 347.*

*En cambio, hemos visto que el requerimiento de subsanación acordado por la mesa de contratación se reduce a la solicitud de aportación de las cuentas aprobadas y depositadas por la empresa que pone su solvencia a disposición de la recurrente, lo que siendo adecuado resulta insuficiente a los efectos de permitir una adecuada subsanación (...)*

*En definitiva, pues, al ser defectuoso o incompleto el requerimiento de subsanación, tanto el acuerdo de exclusión como la resolución de adjudicación de los lotes 2 y 11, al traer causa o no ser independientes de aquel, resultan, igualmente, inválidos. Así se desprende a sensu contrario del artículo 49.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuando señala que “la nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero”, de modo que dicha nulidad o anulabilidad sí implicará la de los actos posteriores cuando estos no sean independientes del primero o tengan su causa o razón de ser en este último. En el sentido expuesto, ya se ha*



*pronunciado este Tribunal en sus Resoluciones 99/2016, de 13 de mayo y 226/2016, de 23 de septiembre, entre otras.”.*

Y recientemente, en la Resolución 228/2021, de 10 de junio, este Tribunal se expresa en el siguiente sentido:

*“Como podemos observar, el órgano de contratación requirió inicialmente a NETALIA la documentación previa a la adjudicación de acuerdo a lo establecido en la cláusula 10.7 del PCAP y en concreto, los documentos acreditativos de la representación. Y, posteriormente, en plazo de subsanación, volvió a solicitar la misma documentación inicial; es decir “documentos acreditativos de la representación”, sin expresar cuál era el defecto u omisión observada que debía ser subsanada; es decir, realizó un requerimiento impreciso, genérico e incompleto al referirse nuevamente a la cláusula 10.7 del PCAP y al artículo 150.2 de la LCSP e indicando “documentos acreditativos de la representación”, sin especificar que la subsanación consistía en la aportación del correspondiente bastanteo del poder de representación. Finalmente, con fecha 12 de enero de 2021, la mesa constató que la recurrente continuaba sin aportar el correspondiente bastanteo del poder de representación.*

*Pues bien, aun cuando es cierto que la actuación de la recurrente -que está obligada a conocer el contenido de los pliegos- adoleció de falta de diligencia en el momento de presentación de la documentación requerida, no lo es menos que también la mesa de contratación debió indicar cuál era el defecto u omisión advertido en el poder de representación para que de ese modo la recurrente pudiera subsanarlo, en lugar de limitarse a requerirle la misma documentación que le solicitó inicialmente y que la recurrente ya había aportado, aunque sin el preceptivo bastanteo. Desde esta perspectiva, el proceder de la mesa tampoco fue adecuado. Su requerimiento de subsanación fue impreciso, genérico e incompleto y coadyuvó a que la subsanación no se efectuara correctamente, impidiendo el principio de proporcionalidad (artículo 132.1 de la LCSP) en estas circunstancias acudir a una decisión tan gravosa para la licitadora como es la exclusión.”.*

Asimismo, el principio de proporcionalidad asentado por la jurisprudencia europea, que ha sido elevado a rango de principio de la contratación en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE y en el artículo 132.1 de la LCSP, exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (v.g. Resoluciones de este Tribunal 323/2016, de 15 de diciembre, 172/2019, de 17 de enero y 213/2020, de 18 de junio, entre



otras). Asimismo, el principio resulta de alcance legal en la LCSP, toda vez que el artículo 132 de la misma dispone que *“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.”*

En definitiva, teniendo en cuenta lo alegado en el recurso, los términos genéricos del requerimiento de subsanación de la solvencia económica y financiera, el principio de proporcionalidad y que se trataba de la oferta económicamente más ventajosa para los lotes 73, 78, 79 y 80, con carácter previo a su exclusión se le debería haber solicitado a la ahora recurrente aclaración concreta sobre el extremo del depósito de las cuentas de 2018 en el Registro Mercantil.

Así las cosas, este Tribunal considera que ha de estimarse el recurso y, en consecuencia, el acuerdo de exclusión resulta inválido. Por lo que, corresponde retrotraer las actuaciones al momento previo al requerimiento de subsanación, para que se proceda a la concreción de la documentación que debe aportar la entidad HEXACATH con respecto a la acreditación del depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio 2018.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HEXACATH ESPAÑA, S.L.** contra el acuerdo de exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Acuerdo marco con única empresa por lotes y agrupaciones de lotes para el suministro de tracto sucesivo y precio unitario de prótesis cardiológicas y material específico para hemodinámica, con cesión de uso de equipamiento necesario para la utilización del material para la Plataforma Logística Sanitaria de Almería” (Expte. 936/2019), respecto de los lotes 73, 78, 79 y 80, promovido por el Hospital Universitario Torrecárdenas (Almería), adscrito al Servicio Andaluz de Salud y, en consecuencia, anular el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación, de fecha 18 de diciembre de 2020, retro trayendo las actuaciones en el sentido expuesto en el fundamento de derecho sexto.



**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la medida cautelar de suspensión adoptada por Resolución de este Tribunal, de fecha 4 de febrero de 2021, respecto de los lotes 73, 78, 79 y 80.

**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.

