Recurso 564/2021
Resolución 139/2022

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

Sevilla, 25 de febrero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SANIPROTEC S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación de 26 de noviembre de 2021, por el que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Adquisición de material de protección frente a COVID-19", lote 1, (Expte. CON 29/21 G 2095/21), promovido por el Ayuntamiento de San Roque (Cádiz), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 julio de 2021 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. Al mismo tiempo, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas. El valor estimado del contrato es de 150.000 euros.

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.

Mediante acuerdo de la mesa de contratación, en la sesión celebrada el día 26 de noviembre de 2021, queda excluida la oferta presentada por la entidad SANIPROTEC S.L. (en adelante SANIPROTEC).

SEGUNDO. El 22 de diciembre de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por SANIPROTEC contra el citado acuerdo de 26 de noviembre de 2021.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se solicita al órgano de contratación que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Mediante resolución de 14 de enero de 2022 este Tribunal acordó denegar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente.
Posteriormente, 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de San Roque (Cádiz) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación del lote 1, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de la proposición de la recurrente al lote 1, en 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.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, la comunicación del acuerdo de exclusión fue enviada a la recurrente desde la plataforma de contratación del sector público, el 26 de noviembre de 2021, sin indicación de los recursos que podía interponer contra el mismo, ni los plazos para ello, por lo que el recurso presentado el 22 de diciembre de 2021 en el registro de este Tribunal, se ha de entender interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: argumentos de las partes.

1. Argumentos de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, que serán analizados en éste y en el siguiente fundamento de derecho.

El 28 de octubre de 2021 se constituye la mesa de contratación, y tras la lectura del certificado con la relación de las ofertas presentadas al procedimiento de adjudicación, procede a la calificación de la documentación contenida en el sobre A, *"PROPUESTA Y DOCUMENTACION ACREDITATIVA DE LA CAPACIDAD DE OBRAR Y SOLVENCIA ECONOMICA, TECNICA Y FINANCIERA DEL CONTRATISTA"* , lo que prosigue en las sesiones de 23 de noviembre de 2021 y de 26 noviembre de 2021. En esta última sesión se abre el sobre A de la oferta de la recurrente al lote 1, indicándose en el acta.

"Saniprotect, S.L., presenta oferta al Lote 1:

- Capacidad de Obrar – Capacidad de obrar. (No subsanable).
- Capacidad de Obrar – No prohibición para contratar. (No calificado).
- Capacidad de Obrar – Para las empresas extranjeras, declaración de sometimiento a la legislación española. (No calificado).
- Solvencia técnica/económica – Cifra anual de de negocio. (No calificado).
- Solvencia técnica/económica – Control por la entidad contratante sobre la capacidad del empresario. (No calificado).
- Solvencia técnica/económica – Instalaciones técnicas y medidas para garantizar la calidad. (No calificado).
- Solvencia técnica/económica – Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar. (No calificado).
- Solvencia técnica/económica - Otros – Acreditación período medio de pago a los empresarios. (No calificado).
- Solvencia técnica/económica - Otros – Compromiso formal de contar con los medios técnicos, humanos y materiales - (No calificado).
- Solvencia técnica/económica – Patrimonio neto. (No calificado).
- Solvencia técnica/económica - Seguro de indemnización. (No calificado).
- Solvencia técnica/económica – Técnicos o unidades técnicas. (No calificado).
- Solvencia técnica/económica – Trabajos realizados. (No calificado).
- Autorizaciones de consulta.
- Póliza de seguro de responsabilidad civil, más recibo de su pago. (No calificado).
- En los supuestos de uniones de empresarios. (No calificado).
- Último recibo de pago IAE o certificado exención. (No calificado).”

En base a ello, la mesa acuerda proponer al órgano de contratación la no admisión de la oferta de la recurrente por el siguiente motivo: *“El objeto social no guarda relación con la prestación objeto del contrato: adquisición de material de protección frente al COVID 19.”.*

Así, la recurrente impugna el mencionado acuerdo solicitando a este Tribunal *“que rehabilite la oferta presentada por SANIPROTECT SL, dado que su objeto social, acreditable en cualquier trámite de subsanación, incluye la importación y venta de EPIs.”.*

En su defensa, la recurrente sostiene que se trata de un defecto subsanable, y así se viene aceptando en la jurisprudencia, conforme a la cual, cualquier presunta deficiencia vinculada a la capacidad de obrar siempre es subsanable.

Por otra parte, la recurrente alega que la posible divergencia entre lo que puede recoger el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (en adelante ROLECE) y el acta fundacional de SANIPROTECT SL es totalmente subsanable, alegando la existencia de un acta fundacional anterior a la fecha de finalización del plazo para presentar ofertas, añadiendo que incluso de no existir dicha acta fundacional, “*la importación y suministro de EPIS encajan en el objeto social que puede constar en el ROLECE atendiendo a lo que impone la jurisprudencia en cuanto a interpretación de objetos sociales y naturaleza de los contratos.”.*

Los argumentos de la recurrente se concretan en la conclusión de su escrito de recurso:

“En resumen, la decisión del órgano de contratación de excluir la oferta presentada por SANIPROTECT SL conculca lo que establece la normativa y jurisprudencia aplicables por cuanto:

a) El objeto social de SANIPROTECT SL sí está directísimamente relacionado con el suministro de mascarillas FFP2 (que son EPIs, es decir, equipos de protección individual);

b) La posible divergencia entre lo que puede recoger el ROLECE y el acta fundacional de SANIPROTECT SL es totalmente subsanable, ya que dicha acta es un hecho irrefutable; es anterior a la fecha de finalización del plazo para presentar ofertas y puede acreditarse;

c) Porque incluso de no existir tal acta fundacional, la importación y suministro de EPIS encajan en el objeto social que puede constar en el ROLECE atendiendo a lo que impone la jurisprudencia en cuanto a interpretación de objetos sociales y naturaleza de los contratos."

2. Argumentos del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación mantiene la exclusión de la ahora recurrente del procedimiento de adjudicación del lote 1, por entender que no existe coincidencia entre el objeto social reflejado en la escritura aportada por la empresa y el objeto del contrato, sin que ello sea subsanable, al no cumplir un requisito esencial del procedimiento.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Una vez vistas las alegaciones de las partes, el análisis de este Tribunal debe comenzar por la relacionada con la posibilidad de subsanación del motivo por el que se ha excluido la oferta de la recurrente, la acreditación de la capacidad de obrar, dado que su eventual estimación haría innecesario analizar el resto de sus alegaciones.

La doctrina de este Tribunal sobre la subsanación de defectos u omisiones en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos se ha expuesto de modo reiterado. Así, en nuestra Resolución 134/2020, de 1 de junio, señalábamos:

«En este sentido, este Tribunal en multitud de ocasiones, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la Sentencia de 6 de julio de 2004) y con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entre otras, en las Resoluciones 128/2011 de 27 de abril, 184/2011 de 13 de julio y 61/2013 de 6 de febrero), se ha pronunciado (entre otras muchas, en las Resoluciones 31/2013 de 25 de marzo, 123/2014 de 20 de mayo, 420/2015, de 10 de diciembre, 174/2016, de 27 de julio y 230/2017, de 3 de noviembre) sobre el carácter subsanable de los defectos u omisiones de la documentación general acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que las entidades licitadoras tienen que aportar en los procedimientos de contratación, ex artículos 140 y 141 de la LCSP, consolidando una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en dicha documentación pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible.

En efecto, los defectos u omisiones que afectan a la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos del artículo 140 de la LCSP, entre ellos los que se refieren a la documentación acreditativa de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, según la tradicional concepción de los mismos, son esencialmente subsanables (v.g. Resolución 305/2018, de 31 de octubre y 172/2019, de 23 de mayo, entre otras).»

«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"».

En consecuencia, los defectos u omisiones en la documentación acreditativa de los requisitos previos son esencialmente subsanables y, entre ellos, recoge la LCSP en su artículo 140.1, a).1ºel que *"conforme a su objeto social puede presentarse a la licitación"*, con el límite de que el requisito se cumpla a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, tal y como prevé el artículo 140.4 de la LCSP.

Por tanto, la mesa de contratación debió conceder trámite de subsanación a la recurrente antes de proponer la no admisión de su oferta, dándole la oportunidad de aportar la documentación que estime conveniente, como ha hecho en vía de recurso, donde la aportada no puede ser tenida en consideración para analizar si la recurrente tiene o no capacidad de obrar, por ser ello competencia del órgano de contratación, en el procedimiento de adjudicación.

Procede, pues, estimar parcialmente en los términos expuestos el recurso interpuesto.

La corrección de la infracción legal cometida, debe llevarse a cabo anulando el acuerdo de la mesa de contratación de 26 de noviembre de 2021, respecto a la propuesta al órgano de contratación de la no admisión de la oferta de la recurrente al lote 1 del contrato, debiendo retrotraerse el procedimiento de licitación al momento inmediatamente anterior, a fin de que se otorgue a SANIPROTEC plazo de subsanación de la documentación acreditativa de la capacidad de obrar; con continuación del procedimiento hasta la adjudicación, en su caso, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por la entidad **SANIPROTEC S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación de 26 de noviembre de 2021, por el que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Adquisición de material de protección frente a COVID-19", lote 1, (Expte. CON 29/21 G 2095/21), promovido por el Ayuntamiento de San Roque (Cádiz), a fin de que se proceda conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE 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.