

Recurso 29/2016**Resolución 71/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 1 de abril de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **IZASA HOSPITAL, S.L.U.** contra la exclusión de su oferta, acordada por la Mesa de contratación en sesión celebrada el 21 de enero de 2016, con respecto al contrato denominado *“Suministro de material específico de otorrinolaringología, para los centros vinculados a la Plataforma Logística Sanitaria de Sevilla”* (Expte. 2015/060212, PAAM 16/2014) lotes: 62, 71, 78, 79, 81, 86 y 185, convocado por el Hospital Virgen del Rocío 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 19 de septiembre de 2015, se publicó 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 citado anuncio también fue publicado el 3 de octubre de 2015 en el Boletín Oficial del Estado núm. 237 y el 21 de septiembre de 2015 en el perfil de contratante de la Plataforma de



Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 12.938.143,80 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y 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.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

TERCERO. La Mesa de contratación, en sesión celebrada el 3 de diciembre de 2015, acuerda solicitar a los licitadores de manera previa a la propuesta de adjudicación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 146.4 del TRLCSP, la documentación acreditativa de los requisitos previos. En lo que respecta a la recurrente se le solicita que aporte determinada documentación entre la que se encuentra la acreditativa de la capacidad de obrar y contratar.

El 14 de enero de 2016, se reúne la Mesa de contratación para revisar la documentación que habían presentado las distintas entidades a las que se le había solicitado. Con respecto a la recurrente, se le requiere que subsane determinada documentación.

Posteriormente, en sesión celebrada el 21 de enero, la Mesa de contratación acuerda excluir la oferta presentada por la entidad IZASA HOSPITAL, S.L.U. (en adelante IZASA) por haber aportado en el plazo de subsanación el Anexo V del pliego de cláusulas administrativas particulares, relativo a la certificación por parte del licitador con respecto a sus órganos de administración “*de que no*



forma parte de los órganos de gobierno o administración, ningún alto cargo incluido en el ámbito de aplicación del artículo 2 de la Ley 3/2005 de 8 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de declaración de actividades, bienes e intereses de altos cargos y otros cargos públicos”, firmado por apoderado y no por los que se encuentran habilitados para realizar la mencionada declaración en virtud de lo dispuesto en el anexo mencionado y en la cláusula 6.3.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares. El mencionado acuerdo de exclusión se notificó a la recurrente con fecha 1 de febrero de 2016.

CUARTO. El 18 de febrero de 2016 se presentó en el Registro del órgano de contratación, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad IZASA contra su exclusión acordada por la Mesa de contratación en sesión celebrada el 21 de enero de 2016. En su escrito la recurrente solicita además la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación.

QUINTO. El 24 de febrero de 2016, tiene entrada en el Registro de este Tribunal el escrito de recurso remitido por el órgano de contratación. El 25 de febrero la Secretaría de este Tribunal solicita al órgano de contratación, informe relativo al recurso presentado así como a la medida provisional solicitada por la recurrente, y el expediente de contratación con el listado de las entidades que hubieran participado en la licitación con los datos necesarios a efectos de notificaciones. Dicha documentación tuvo entrada en el Registro de este Tribunal los días 2 y 4 de marzo de 2016.

SEXTO. Con fecha 4 de marzo de 2016, este Tribunal dictó Resolución de adopción de medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación, solicitada por la recurrente y relativa a los lotes 62, 71, 78, 79, 81, 86 y 185.

SÉPTIMO. Con fecha 4 de marzo de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores concediéndoles un plazo de 5 días



hábiles siguientes a su recepción para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, no habiéndose presentado ninguna en el plazo señalado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos 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 40 del TRLCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, siendo su valor estimado de 12.938.143,80 euros, y el objeto del recurso es su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.b) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 b) del TRLCSP establece que *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a*



partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.

(...)

b) Cuando (el recurso) se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”

En el supuesto analizado, el acuerdo de exclusión impugnado se notifica a la recurrente el día 1 de febrero de 2016, por lo que habiéndose presentado el recurso en el registro del órgano de contratación el 18 de febrero, el mismo 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.

La recurrente expone en su escrito que su exclusión ha sido fruto de un defecto meramente formal y claramente subsanable. En este sentido afirma que aquella fue acordada por presentar el mencionado Anexo V del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) rubricado por un apoderado, en concreto el mismo que firmó la oferta presentada, en lugar de por los que en el mismo documento aparecen como habilitados para ello, y considera que este defecto debió ser objeto de subsanación.

A lo anterior añade que entregó -a requerimiento de la Mesa de contratación- el certificado del Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma Andalucía, en el que consta inscrita la recurrente y donde figura la declaración a la que se refiere el Anexo V del PCAP, firmada por el administrador único de la entidad, que sí es uno de los habilitados para realizar la mencionada certificación en los términos previstos en el mencionado anexo.



La recurrente considera que su exclusión como consecuencia de un error meramente formal y fácilmente subsanable supone una clara y absoluta vulneración del principio de libre concurrencia que debe regir toda contratación pública e invoca determinada jurisprudencia sobre la cuestión.

Por ello la recurrente solicita que se declare la anulación del mencionado acuerdo de exclusión, y de cuantos actos de trámite y acuerdos hayan sido adoptados posteriormente con relación a este procedimiento respecto a los lotes: 62, 71 ,78, 79, 81, 86 y 185. Asimismo, solicita que se declare la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la exclusión, que se reconozca como subsanable el defecto hallado en el documento por el que la recurrente cumplimenta el Anexo V al PCAP y que finalmente se proceda a la adjudicación del contrato con respecto a los lotes mencionados, a favor de la recurrente.

Por otro lado, el órgano de contratación argumenta en su informe que del contenido del escrito de recurso se desprende el reconocimiento expreso por parte de la recurrente de la circunstancia que provocó su exclusión del procedimiento de licitación, esto es, que el citado Anexo V del PCAP estaba rubricado por un apoderado, figura que no aparece entre aquellos que están habilitados para emitir la certificación, en virtud de lo dispuesto en el mencionado Anexo V así como en la cláusula 6.3.2. del PCAP, y como se detalló en el requerimiento de subsanación a la ahora recurrente, todo ello en virtud de lo dispuesto en la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos.

Expone el órgano de contratación, que no yerra la recurrente al afirmar que este defecto sea subsanable, y que fue por ello por lo que el órgano de contratación le solicitó subsanación entre otros documentos del mentado Anexo V, sin que finalmente lo presentara adecuadamente. En este sentido, argumenta que efectivamente tras la revisión del contenido del sobre 1 -en el momento previo a



la propuesta de adjudicación por ser de aplicación el artículo 146.4 del TRLCSP-, IZASA fue requerido por la Mesa de Contratación, con fecha 29 de diciembre de 2015, para que presentara entre otra documentación, la acreditativa de los aspectos relativos a la capacidad y solvencia.

El órgano de contratación alega que al no entregar en ese momento la recurrente el mencionado Anexo V del PCAP, la Mesa de contratación en sesión celebrada el 14 de enero de 2016 acuerda conceder a IZASA, plazo de subsanación donde entre otras cuestiones se le solicita que subsane la mencionada omisión. Expone que IZASA entrega el modelo de declaración del Anexo V pero firmado por el apoderado de la empresa -que no se encuentra entre los mencionados en el anexo como habilitado para emitir la certificación-, y es por ello que la Mesa de contratación decide la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación.

Respecto a la alegación de la recurrente de que había aportado la certificación de inscripción en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el órgano de contratación expone que no es cierto que la haya aportado, ya que esta documentación no figura en la remitida por la recurrente a requerimiento de la Mesa de contratación, en su lugar, lo que sí remite a efectos de acreditación de la capacidad, fue la escritura de constitución, y de poder pero no la certificación del Registro de Licitadores. Es por todo ello, que solicita se desestime el recurso presentado por IZASA.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes, procede analizar el fondo del mismo.

La recurrente combate su exclusión del procedimiento por haber cumplimentado de manera inadecuada el Anexo V del PCAP. Entiende que resulta un mero defecto formal y que, por tanto, se le debió conferir trámite de subsanación. Procede pues analizar la actuación del órgano de contratación en el procedimiento de adjudicación para comprobar si esta fue ajustada a derecho.



Del expediente administrativo remitido a este Tribunal, resulta que la oferta presentada por la recurrente fue la económicamente más ventajosa en algunos de los lotes a los que había licitado; fue por ello que la Mesa de contratación en sesión celebrada el 3 de diciembre de 2015, le requiere a IZASA, en virtud de lo dispuesto en el artículo 146.4 del TRLCSP, determinada documentación entre la que figuraba la acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos. En concreto y en lo que aquí interesa, le requiere lo siguiente; *“Documentación general.- Deberá acreditar la capacidad de contratar y aportar la solvencia económica y técnica en su totalidad establecida y relacionada en la cláusula 6.3.2., del PCAP. Todo ello, en original o copia compulsada, o legalizada notarialmente”*.

En lo que respecta a la remisión que se realiza a la cláusula 6.3.2. del PCAP, denominada *“Capacidad y solvencia económica-financiera y técnica”* resulta de interés traer a colación lo dispuesto en su letra g) del apartado 1 con respecto a la certificación controvertida cuyo contenido se pasa a transcribir *“Certificación expedida por el órgano de dirección o representante del licitador, relativa a que no forma parte de los órganos de gobierno o administración, ningún alto cargo incluido en el ámbito de aplicación del artículo 2 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos conforme al modelo Anexo V”*.

Finalmente, el Anexo V del PCAP especifica quien podrá emitir el mencionado certificado al detallar lo siguiente: *“actuando en calidad de (administrador único, administrador solidario, administradores mancomunados, secretario del consejo de administración – en este último caso se exigirá además visto bueno del presidente del consejo) certifica: que no forma parte de los órganos de gobierno o administración (...)”*.



Por otro lado, el requerimiento a la recurrente de la documentación le fue notificado mediante fax remitido con fecha 29 de diciembre de 2015, concediéndole un plazo de 10 días hábiles para su cumplimentación.

Según se desprende del expediente administrativo remitido por el órgano de contratación a este Tribunal, IZASA aporta como documentación acreditativa de su capacidad de obrar tan solo el Documento Nacional de Identidad de su apoderada, D^a C.C.P.

A la vista de la documentación facilitada, y al considerar la Mesa de contratación en sesión celebrada el 14 de enero de 2016 que la misma era insuficiente, concede plazo de subsanación a IZASA. Ello se desprende del acta de la mencionada sesión donde se recoge -refiriéndose a la recurrente- que debe presentar la siguiente documentación: *“-Deberá acreditar la capacidad de contratar establecida y relacionada en la cláusula 6.3.2., del PCAP.*

a) Deberá aportar Anexo III de declaración responsable para contratar con las Administraciones Públicas conforme al modelo del PCAP.

b) Deberá aportar Anexo V del PCAP, de declaración sobre incompatibilidades para contratar (Ley 3/2005, de 8 de abril) debiendo estar éste firmado por el secretario del Consejo de Administración con el V^oB^o del Presidente del Consejo, o en su caso por el Administrador único, Administrador solidario o Administradores mancomunados, en su caso, documentación acreditativa de los citados cargos.

c) Ficha de registro de licitadores o escrituras”.

El requerimiento se comunicó a la recurrente por medio de fax, concediéndole un plazo de subsanación hasta el 20 de enero de 2016 a las 14 horas.

En la documentación enviada a este Tribunal, consta que IZASA, tras este segundo requerimiento, remite a la Mesa de Contratación: el Anexo III del PCAP debidamente firmado, escrituras públicas de apoderamiento y constitución de la sociedad, así como Anexo V del PCAP cumplimentado por D^a.



C.C.P., en calidad de apoderada, cargo que no se encuentra entre los recogidos en el mismo Anexo V del PCAP, ni en el requerimiento de subsanación, como los habilitados para realizar la mencionada declaración.

La recurrente manifiesta en su escrito de recurso que el defecto en que incurría su documentación era meramente formal y claramente subsanable, y no le falta razón en su afirmación ya que ello fue el motivo por el que el órgano de contratación, a la vista de la documentación aportada por IZASA tras el primer requerimiento de 29 de diciembre de 2015, concedió plazo de subsanación mediante nueva notificación de fecha 18 de enero de 2016, y ello en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81.2 del RGLCAP que prevé este procedimiento. Sin embargo la recurrente, como queda acreditado en la documentación remitida a este Tribunal y como ella misma reconoce, no aporta correctamente la documentación que le había sido requerida en vía de subsanación, por lo que lo único que podía hacer ya la Mesa de contratación era rechazar su oferta por finalmente no haber subsanado en el plazo concedido para ello, y esta actuación es ratificada por este Tribunal puesto que una vez que se ha concedido plazo de subsanación por un defecto detectado en la documentación presentada, siendo ese requerimiento manifiesto y concreto -como ocurre en el presente supuesto- no cabe conceder una subsanación de la subsanación.

Esta es la postura que ha venido manteniendo este Tribunal, y que se desprende de sus Resoluciones 90/2015, de 5 de marzo, 287/2015 y 288/2015 ambas de 31 de julio, argumentando esta última que *“por tanto, si bien es cierto, como ya se ha comentado, que la jurisprudencia mantiene una postura contraria a un excesivo formalismo que conduzca a la inadmisión de proposiciones por simples defectos formales, en detrimento del principio de concurrencia que ha de presidir la contratación pública, tampoco resulta exigible una subsanación de la subsanación, (...) En este sentido el Tribunal Central de Recursos Contractuales en la Resolución 39/2011, de 24 de febrero, señalaba que «parece claro que la Ley reclama que se conceda un plazo para la subsanación*



de los errores que puedan existir (y sean subsanables) en la documentación general presentada por las empresas que pretenden participar en una licitación pública. Pero una vez vencido dicho plazo, la Administración contratante decide su admisión o no al proceso de licitación en función de la documentación de subsanación recibida y procede a continuación dar paso a la fase siguiente del procedimiento. No cabe, por tanto, requerir un nuevo plazo de subsanación de nuevos defectos, ni aportar como prueba nuevos documentos no presentados en el momento procesal oportuno».

En este sentido se manifiesta también la Resolución de este Tribunal 108/2012, de 5 de noviembre, que en un caso muy similar al presente, y ante un requerimiento de subsanación de documentación a un licitador en el que quedaba claramente especificado qué órganos son competentes para la firma del mencionado Anexo V del PCAP, acordó -ante la incorrecta cumplimentación del documento- la exclusión de su oferta. En este sentido expone que *“lo cierto e incuestionable es que en el Anexo V que se presenta en el plazo de subsanación, D. L.F.C. suscribe el documento actuando en calidad de apoderado y no de Presidente del Consejo de Administración y Consejero Delegado.*

Por consiguiente, no es posible admitir que la empresa recurrente hubiera subsanado en plazo el defecto apreciado por la mesa de contratación, resultando ajustado a Derecho el acuerdo de exclusión de la licitación adoptado por aquélla”.

Finalmente la recurrente alega en su escrito de recurso que se ha de tener en cuenta la certificación emitida por el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Andalucía, donde consta la declaración a la que se refiere el Anexo V del PCAP efectuada por el administrador único de IZASA, y que se presentó a requerimiento de la Mesa de contratación.

Pues bien, en la documentación que se ha remitido a este Tribunal -donde consta copia de la documentación que la entidad recurrente remitió a la Mesa de contratación- y según el órgano de contratación manifiesta en su informe, no figura la certificación relativa al Registro de Licitadores de la Junta de



Andalucía por lo que en realidad, la recurrente pretende subsanar por medio del recurso la documentación que no presentó durante el procedimiento de adjudicación, lo que como viene manteniendo este Tribunal en sus Resoluciones 108/2015 de 17 de marzo, 405/2015 y 406/2015 ambas de 25 de noviembre, no se debe admitir.

Valga como ejemplo la última de las Resoluciones mencionadas donde se declaraba que, *“lo que pretende la recurrente con el citado escrito de 24 de agosto de 2015, presentado con posterioridad al plazo de subsanación y reiterado en vía de recurso, es subsanar en vía de recurso lo que no hizo en el procedimiento de adjudicación cuando se le requirió para ello. En este sentido debe señalarse que, aun cuando, tras la documentación presentada en vía de recurso, se pudiese apreciar que la recurrente cumple con lo exigido, como ocurre en el presente supuesto, lo cierto es que aquélla ha incurrido en una infracción de los requisitos formales de presentación de la documentación en tiempo y forma.*

En definitiva, debe ahora, en aras a preservar la finalidad del procedimiento y los principios de igualdad de trato que lo inspiran, soportar la consecuencias derivadas de su actuación.

En este sentido se ha manifestado este Tribunal en reiteradas ocasiones, entre las más recientes, en la Resolución 26/2015, de 29 de enero, y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras en las Resoluciones 154/2012, de 19 de julio de 2012 y 175/2011, de 29 de junio, donde mantiene que, «aun cuando, tras la documentación presentada tanto con posterioridad al plazo de subsanación y reiterada en vía de recurso, el órgano o la mesa de contratación pudieran apreciar que la recurrente cumple con el requisito de solvencia económica y financiera requerido, lo cierto es que aquélla ha incurrido en una infracción de los requisitos formales de presentación de la documentación en tiempo y forma»”.



En consecuencia, visto que no procedía conceder un nuevo plazo de subsanación, y que en la documentación remitida por el órgano de contratación, no consta que la recurrente aportara el certificado relativo a la inscripción en el Registro de Licitadores de la Junta de Andalucía, este Tribunal no puede sino desestimar las pretensiones de la recurrente, al no haber subsanado la documentación que la Mesa de contratación le requirió en el plazo concedido para ello.

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 **IZASA HOSPITAL, S.L.U.** contra la exclusión de su oferta, acordada por la Mesa de contratación en sesión celebrada el 21 de enero de 2016, con respecto al contrato denominado “*Suministro de material específico de otorrinolaringología, para los centros vinculados a la Plataforma Logística Sanitaria de Sevilla*” (Expdte. 2015/060212, PAAM 16/2014) lotes: 62, 71, 78, 79, 81, 86 y 185, convocado por el Hospital Virgen del Rocío adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación relativa a los lotes: 62, 71, 78, 79, 81, 86 y 185 adoptada mediante Resolución de este Tribunal de 4 de marzo de 2016.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.



Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

