



Recurso nº 253/2024

Resolución nº 400/2024

Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 14 de marzo de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. A. P. S., en representación de MICROBEAM, S.A., contra el acuerdo por el que se tiene por retirada su oferta y se declara desierto el procedimiento de contratación del *“Suministro e instalación de un equipo de termoforesis a microescala y tecnología de cambio espectral, financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y por la Unión Europea NextGenerationEU en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, proyecto: TED2021- 132202B-I00 con destino al Instituto de Química Física Blas Cabrera”*, con expediente n.º 31710/23, convocado por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas, M.P.; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Aprobado el expediente de contratación para la licitación del contrato de suministro e instalación de un equipo de termoforesis a microescala y tecnología de campo espectral, con destino al Instituto de Química Física Blas Cabrera, de la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas, M.P. (en adelante, CSIC), el anuncio de licitación y los pliegos rectores de la licitación por procedimiento abierto simplificado fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 23 de noviembre de 2023, con un valor estimado del contrato de 135.000 € (sin impuestos) y con el código de clasificación CPV: 38900000 - Instrumentos de evaluación o ensayo diversos.



La fecha máxima para la formalización de las proposiciones quedó señalada hasta el 11 de diciembre de 2023 a las 14:00 horas.

Segundo. Dentro del plazo de presentación de ofertas se formalizó una única proposición, la de la ahora recurrente:

- MICROBEAM, S.A.

Tercero. El procedimiento abierto simplificado para la selección de los contratistas siguió los trámites previstos para la adjudicación de los contratos de suministros no sujetos a regulación armonizada previstos en la vigente 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 Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto. Tras la apertura de los archivos sobre la documentación administrativa, la mesa de contratación del CSIC, en la sesión celebrada el 12 de diciembre de 2023 admitió a la empresa referida y única licitadora, MICROBEAM, S.A. En unidad de acto, se acordó la apertura del archivo con la oferta referida a los criterios sujetos a juicios de valor, procediendo a su remisión a la unidad responsable del contrato para la emisión del informe de valoración.

Quinto. Reunida la mesa de contratación del CSIC el 16 de enero de 2024, se aprueba por unanimidad el informe técnico de valoración de la oferta de MICROBEAM, S.A., con las siguientes puntuaciones:

- Calidad del equipamiento. Puntuación: 5.5

- Innovación tecnológica del suministro. Puntuación: 0.0

En la misma sesión, se acuerda por la mesa de contratación la apertura de la oferta con los criterios objetivos o cuantificables automáticamente.

En el acta levantada se recoge que:



“Se procede a la valoración automática de la oferta cuantificable automáticamente mediante los criterios establecidos en el PCAP:

MICROBEAM, S.A.

- Oferta económica: 134.956,26 Puntuación: 70,5.*
- Plazo de garantía adicional: 0 años Puntuación: 0,00.*
- Mejoras y/o aportaciones adicionales evaluables mediante fórmula. Puntuación: 0,00”.*

Sumados los puntos de los criterios subjetivos con los objetivos, el acta levantada recoge un resultado de 76 puntos y declara como mejor oferta calidad/precio la presentada por la única concurrente, MICROBEAM, S.A., proponiéndose como adjudicataria y requiriéndole para la presentación de la documentación relacionada en el artículo 150.2 de la LCSP.

Sexto. En la sesión de la mesa de contratación de 5 de febrero de 2024 para el bastanteo de la documentación de MICROBEAM, S.A., el acta levantada narra cuanto sigue:

“Tras la revisión de dicha documentación, se constata:

- El licitador no acredita el cumplimiento de los requisitos previos a que se refiere el artículo 140 de LCSP al haber presentado un certificado negativo de estar al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social (“Que conforme a los datos que obran en la Tesorería General de la Seguridad Social, el sujeto sobre el que se solicita arriba referenciado NO se encuentra al corriente de sus obligaciones de Seguridad Social”).*

En el punto 13.3 del Pliego de cláusulas administrativas particulares que rige para la presente licitación se establece que los licitadores deberán presentar una Certificación positiva, expedida por la Tesorería Territorial de la Seguridad Social, de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, o declaración responsable de no estar obligada a presentarlas; y en la letra d) del apartado 1 del artículo 71 de la LCSP (“Prohibiciones de contratar”), se



establece que no podrán contratar las personas que no se hallasen al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes.

Los miembros de la Mesa de contratación acuerdan proponer la exclusión de la empresa A58032343 MICROBEAM, S.A., por no estar al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes”.

Séptimo. Por Resolución del Secretario General del CSIC de 6 de febrero de 2024 se acuerda:

“Primero. Entender retirada la oferta del licitador MICROBEAM, SA, NIF A58032343, por no cumplir adecuadamente el requerimiento de documentación de conformidad con lo establecido en los artículos 150 y 159 de la LCSP, dado que la empresa, dentro del plazo otorgado para presentar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 de la LCSP, remite un certificado negativo de estar al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 140.4 de la LCSP, las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar deben concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”.

(...).

Cuarto. Declara desierto el procedimiento de adjudicación para contratar el Suministro e instalación de un equipo de termoforesis a microescala y tecnología de cambio espectral, financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y por la Unión Europea NextGenerationEU en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, proyecto: TED2021-132202B-I00, con destino al Instituto de química física Blas Cabrera Expte. de contratación nº 31710/23”.

En el pie de recurso se ofrece este recurso especial en materia de contratación con un plazo para su formalización de quince días hábiles.



Octavo. Con fecha 26 de febrero, la representación de la mercantil MICROBEAM, S.A., presenta en sede electrónica el presente recurso especial instando la anulación del acuerdo que entiende retirada su oferta y declara desierta la licitación, por considerarlo contrario a Derecho.

Noveno. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por 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 Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) así como por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Décimo. Por Acuerdo de la Sección 1ª del Tribunal de fecha 22 de febrero de 2023 y dictado al amparo del artículo 58.1 b) del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, se aprecia que *prima facie* no existen motivos de inadmisión del recurso y se acuerda la denegación de la solicitud de medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del recurso interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP.

Segundo. La recurrente está legitimada para la impugnación del acuerdo por el que se tiene por retirada su oferta pues es la única licitadora, con interés legítimo para mantener su oferta y para que no se declare desierto el procedimiento de adjudicación seguido por los trámites del abierto simplificado (artículo 48 de la LCSP).

Tercero. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido al efecto en el artículo 50 de la LCSP, habiéndose cumplido también con el resto de las formalidades. Se ha concedido el plazo general de quince días hábiles pues no se impugna la



adjudicación y por consiguiente no es de aplicación el plazo especial de diez días naturales del artículo 58 del Real Decreto-Ley 36/2020.

Este recurso se ha tramitado con preferencia y urgencia en esta sede por así venir exigido en el artículo 58.2 del Real Decreto –Ley 36/2020, introducido por el apartado cinco de la disposición final trigésima primera del R.D.-Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

Cuarto. El recurso se interpone en la licitación de un contrato de suministros no sujeto a regulación armonizada, cuyo valor estimado es superior a los umbrales que establece el artículo 44.1.a) LCSP y se contrae a un acto susceptible de revisión en esta sede administrativa especial, el acuerdo de tener por retirada su oferta y se declara desierta la licitación pues se trata de un acto de trámite cualificado (artículo 44.2 letra b) del mismo cuerpo legal).

Quinto. La defensa de la recurrente MICROBEAM, S.A., sostiene la anulación del acuerdo por la que se tiene por retirada su oferta y se declara desierta la licitación. A tal respecto, insiste que el 17 de enero de 2024, recibió el requerimiento de documentación previa a la adjudicación de la contratación del suministro e instalación de un equipo de termoforesis a microescala y tecnología de cambio espectral, financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y por la Unión Europea NextGenerationEU en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, proyecto: TED2021132202B-100, con destino al Instituto de química física Blas Cabrera Expte. de contratación nº 31710/23.

El plazo para la presentación de la documentación finalizaba el día 25 de enero y con fecha 23 de enero presentó la documentación requerida, en la que la recurrente, en efecto reconoce que aportó un certificado negativo con la TGSS, esto es, no se hallaba en dicha fecha al corriente en el pago de sus obligaciones con la Seguridad Social.

De otro lado, insiste la recurrente que su intención fue subsanar dicha situación y ponerse al corriente con la TGSS, sin embargo la mesa de contratación no le solicitó la subsanación de dicho requisito.



El certificado de estar al corriente de pago con la TGSS se obtuvo el 30 de enero de 2024, a las 16:00 horas y así lo acredita con la aportación del documento nº 3 adjunto al escrito de formalización del recurso.

Con cita de la jurisprudencia de los tribunales de justicia y de la doctrina de los tribunales de recursos contractuales, la recurrente afirma que este extremo, pudo ser objeto de subsanación en la fase del artículo 150.2 de la LCSP, empero la mesa de contratación no le ofreció esta posibilidad. Además, advierte que:

“En el presente caso, además, la posibilidad de subsanación del licitador deviene obligada en tanto y en cuanto:

A. Es el único licitador en el presente proyecto.

B. No existe, que conozca el recurrente, ningún tercero que pueda cumplir con los requisitos técnicos del mencionado proyecto, de modo que, de no estimarse el presente recurso debería iniciarse una nueva licitación, con la correspondiente inversión de tiempo y recursos, y con MICROBEAM, SA como única empresa con posibilidades reales de adjudicarse el contrato vinculado al Proyecto en el encabezamiento referenciado”.

Por todo ello, suplica a este Tribunal la estimación del recurso para que con anulación del acto de tener por retirada su oferta y de declaración de desierta de la licitación, se retrotraiga el procedimiento al momento de la admisión de su certificado de hallarse al corriente en el pago de sus obligaciones con la Seguridad Social.

Sexto. En contra de las pretensiones anulatorias de la recurrente, el informe del órgano de contratación fechado el 28 de febrero del presente y suscrito por la Secretaria General Adjunta de Obras e Infraestructuras del CSIC, solicita la desestimación del recurso por constatarse que de conformidad con los artículos 150 y 159 de la LCSP, la recurrente no se encontraba al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social, por lo que la única solución jurídica es tener por retirada su oferta ex artículo 150.2 de la LCSP y dado que no existen otras licitadoras concurrentes, la declaración de desierto del procedimiento de licitación.



El poder adjudicador defiende la legalidad de la actuación de la mesa de contratación pues no concurre en la recurrente uno de los requisitos exigidos preceptivamente, estar al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social y así expone cuanto sigue:

“En este sentido, habría que tener en cuenta que, de conformidad con el 71.1.d) de la LCSP, también se considera prohibición de contratar ‘Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, o haber incumplido, por causa que le sea imputable, la obligación de comunicar la información prevista en el artículo 82.4 y en el artículo 343.1’, por lo que la empresa recurrente presuntamente incurrió en dos prohibiciones de contratar durante el plazo de presentación de ofertas, sin advertir de la situación en la que se encontraba en relación a sus obligaciones con la Seguridad Social al órgano de contratación.

En el apartado ‘11.1 Sobre o archivo 1 (‘Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos’) del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige para la presente licitación, pliego que no fue impugnado por la recurrente, se establecía que ‘Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato’.

En este sentido, es doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 1210/2020 de 28 Sep. 2020, Rec. 8006/2018 que ‘Las prohibiciones de contratar restringen la posibilidad de participar en procedimientos de licitación y tienen su amparo tanto en la normativa de la Unión Europea comunitaria como en la legislación interna de contratos públicos. Constituyen condiciones de aptitud que deben cumplirse al tiempo de presentar la solicitud para participar en la licitación o presentar la proposición y mantenerse hasta la formalización del contrato’.

Y, además, contra argumenta a la recurrente en este sentido:

“En segundo lugar, la recurrente alega que:



‘Debe indicarse que, en los supuestos que se omita involuntariamente algún documento necesario para optar a la licitación, o este se presente de manera errónea, la legislación administrativa permite la subsanación de dicha omisión, siendo una obligación de la propia Administración la concesión de un plazo al efecto’.

Si bien la doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales es favorable a la subsanación de los defectos, la misma doctrina lo circunscribe a aquellos defectos que sean subsanables y que se refieran a defectos formales, “y no a la existencia del requisito en el momento en que ésta sea exigible”, por lo que no se solicitó la subsanación del certificado negativo de estar al corriente con las obligaciones con la Seguridad Social al considerar que el defecto no era subsanable, en aplicación del artículo 140.4 de la LCSP”.

En conclusión, insta la desestimación del recurso y así resume su posicionamiento:

“En suma, cabe concluir que las prohibiciones de contratar, como es el caso de no estar al corriente con las obligaciones con la Seguridad Social, restringen la posibilidad de participar en procedimientos de licitación y deben cumplirse al tiempo de presentar la proposición y mantenerse hasta la formalización del contrato, no siendo el incumplimiento de esta obligación objeto de subsanación”.

Séptimo. Entrando analizar el fondo del asunto, partimos del artículo 150.2 LCSP que señala que:

“2. Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que se hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra...”



De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71(...)."

Lo dispuesto en este artículo debe cohonestarse con el 140.4 del mismo cuerpo legal que dispone 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".

En concreto la cuestión que debe resolverse en el presente recurso es la de si debe entenderse que la recurrente se encontraba al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social el día 6 de febrero de 2024, momento en el que se acordó tener por retirada su oferta.

Al respecto debemos señalar que si bien este Tribunal, con base en los Informes 39/01 y 28/02, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, sentó desde sus inicios una exigente doctrina al respecto, requiriendo la permanencia ininterrumpida de la situación empresarial de estar al corriente de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social entre la licitación y la adjudicación del contrato (por todas, Resoluciones 799/2015, de 11 de septiembre y 1051/2016, de 16 de diciembre), lo cierto es que a partir de nuestra Resolución 1116/2017, de 24 de noviembre indicamos que:

"la declaración de no tener pendiente deuda alguna tributaria con la SS que efectuó la recurrente al presentar su oferta ... fue correcta y ajustada a la realidad, sin que la circunstancia de que en los días posteriores y sin su conocimiento, aparecieran dos deudas que fueron rápidamente satisfechas en cuanto las conoció la recurrente pueda desvirtuar la realidad de que, al no existir deuda alguna en la fecha de finalización del plazo de presentación de las ofertas, la recurrente cumplía sin duda

en dicho momento los requisitos necesarios para su admisión, por lo que la inmediata satisfacción de las deudas posteriores debe considerarse como suficiente para entenderse cumplido correctamente el trámite de subsanación concedido”.

Más recientemente, en la Resolución nº 193/2019, de 1 de marzo, indicábamos que:

“(e)n el tiempo transcurrido entre la presentación de las ofertas y la adjudicación se ha generado una deuda a favor de la Seguridad Social, como se acredita en el informe, la cuestión a resolver es si esa deuda, cancelada por la empresa recurrente al tiempo de presentar la documentación exigida por el artículo 150 LCSP, por lo que obtuvo el correspondiente certificado positivo, implica la vulneración del artículo 140.4 LCSP, añadiendo que ‘...aunque ciertamente la previsión legal es muy exigente, este Tribunal considera que el artículo 140.4 LCSP admite una interpretación distinta a la que mantiene el Órgano de Contratación. El Tribunal entiende que, al exigir la LCSP art. 140,4, que estas circunstancias de capacidad “concurran” en la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas y que “subsistan” en el momento de la perfección del contrato, no está exigiendo necesariamente que hayan concurrido también en todo el período intermedio, pudiendo por tanto existir deudas en este período intermedio siempre que la capacidad exista en los dos momentos que literalmente cita la LCSP’. Concluíamos indicando que ‘Este precepto debe ser entendido en el contexto de artículo 1 LCSP que proporciona criterios de interpretación de toda la Ley, y, entre otros, el de favorecer la concurrencia en la licitación La finalidad del precepto analizado, interpretado a la luz de este principio, a juicio de este Tribunal, y como ya se ha expuesto, solo exige que en el momento de presentación de las ofertas y cuando debe acreditarse documentalmente la no existencia de deudas con la seguridad social en el momento de la adjudicación del contrato, el licitador esté al corriente de las obligaciones con la seguridad social, pero no exige que esta situación deba producirse durante todo el procedimiento de licitación”’.

Pues bien, aunque el Tribunal considera que no era necesario verificar este extremo, dada la aportación de un certificado positivo vigente, lo procedente en este caso era conceder a la empresa recurrente un plazo de subsanación, para darle la oportunidad de corregir esta



situación que le impediría devenir adjudicataria del contrato, pero no decretar su exclusión de plano.

A partir de nuestra Resolución 747/2018 hemos declarado que el trámite establecido en el artículo 150.2 LCSP es susceptible de subsanación, si no se ha cumplimentado conforme a lo establecido. En particular, al respecto hemos de referirnos al Acuerdo del Pleno de este Tribunal de 5 de abril de 2022, sobre la aplicación de las prohibiciones para contratar, en el que concluimos, previo análisis de la normativa contenida en la Directiva 2014/24/UE y en la LCSP, que los licitadores no deben encontrarse incurso en prohibición para contratar en el momento del fin del plazo de presentación de ofertas y que el licitador propuesto como adjudicatario no podrá encontrarse incurso en prohibición de contratar al tiempo de la celebración del contrato. Y que, con carácter previo a la exclusión:

“(c)uando se aprecie la existencia de una prohibición para contratar, ha de ponerse de manifiesto al licitador afectado, concediéndole la oportunidad de probar su fiabilidad, pese a la existencia de un motivo de exclusión. Ello incluye además la posibilidad de regularizar su situación tributaria y en materia de Seguridad Social, procediendo al pago o a la celebración de un acuerdo de fraccionamiento o aplazamiento del mismo o acreditando la suspensión de su eficacia con ocasión de su impugnación, administrativa o judicial”.

Por todo lo anterior, y con carácter previo a dictarse el acuerdo de exclusión de su oferta y la declaración de desierto de fecha 6 de febrero de 2024, la licitadora presentó el certificado de que se encontraba al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social el 30 de enero, por lo que bajo el principio antiformalista, sumado a ser la única licitadora concurrente, se ha de entender subsanado este requisito sin que proceda aplicar la consecuencia de tener por retirada su oferta ex artículo 150.2 de la LCSP.

Procede, por ende, la estimación de este recurso, con anulación de la resolución de exclusión y retroacción del procedimiento al momento de la evaluación del certificado de hallarse al corriente en sus obligaciones con la Seguridad Social.

Por todo lo anterior,



VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Único. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. A. P. S., en representación de MICROBEAM, S.A., contra el acuerdo por el que se tiene por retirada su oferta y se declara desierto el procedimiento de contratación del *“Suministro e instalación de un equipo de termoforesis a microescala y tecnología de cambio espectral, financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y por la Unión Europea NextGenerationEU en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, proyecto: TED2021- 132202B-I00 con destino al Instituto de Química Física Blas Cabrera”*, con expediente n.º 31710/23, convocado por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas, M.P., y procede anular la resolución de exclusión, y retrotraer el procedimiento al momento anterior a su dictado, para evaluar la acreditación de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LAS VOCALES