



Recurso nº 1041/2016 C.A. Illes Balears 50/2016

Resolución nº 1051/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, 16 de diciembre de 2016

VISTO el recurso interpuesto por D. J. C. S., en representación de la empresa AVES CHICO, S.L. contra la resolución adoptada por la mesa de contratación del Departament D'Interior, Comerç, Indústria i Relacions Institucional del Consell D'Eivissa, de fecha 5 de octubre de 2016 por la que se excluye a la recurrente por no aportar en plazo la documentación, y se adjudica el contrato de suministro de productos varios de alimentación para diferentes centros del Cosell d'Eivissa, convocado por el mismo, este Tribunal en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 5 de febrero de 2016 se aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares para la celebración del contrato de suministro de productos varios de alimentación (congelados, varios de alimentación, productos cárnicos y charcutería, frutas y verduras, huevos y derivados, leche, queso, nata y manteca, yogures, pan y pasteles) para diferentes centros del Consell d'Eivissa (Hospital Residencia Can Serres, Centro de menores Sa Coma, Campamento de Cala Jondal, Escoleta Santa Eulària, Escoleta Ses Païses i Escoleta Cas Serres). Según el punto A3 del Cuadro de Características integrado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el contrato se divide en 9 Lotes, sin que especifique el recurrente el lote a que se refiere la impugnación.

Segundo. En fecha 4 de enero de 2016 se aprobó el Pliego de Prescripciones Técnicas para el contrato referido.

Tercero. El 7 de abril de 2016 se publicó en el Boletín Oficial de Estado, y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 19 de marzo de 2016.

Cuarto. Entre el 22 y 25 de abril de 2016 se presentaron las ofertas por los seis licitadores que han concurrido al contrato. La recurrente concurrió a los Lotes 1, 2, 3, 5, 6 y 7.

Quinto. Por Acta de 5 de mayo de 2016 se examinó la documentación administrativa y todos los concurrentes fueron admitidos a licitación.

Sexto. El 9 de mayo de 2016 se procede a la apertura de los sobres 2 y 3 de las proposiciones presentadas por los licitadores y se remite el contenido del sobre 3 al órgano técnico.

Séptimo. El 16 de junio de 2016, la Mesa de contratación clasifica las ofertas según su puntuación, obteniendo AVES CHICO, SL la primera posición en los Lotes 2, 3 y 6, la segunda en los lotes 5 y 7 y la tercera posición en el Lote 1. El 1 de julio de 2016 el Consejo Ejecutivo d'Eivissa hace suya la propuesta de la Mesa y adjudica los Lotes en consecuencia, acordando declarar desiertos los Lotes 8 y 9. En esa resolución se acuerda requerir a los adjudicatarios a fin de aportar la documentación administrativa detallada en el acuerdo. De igual modo, con arreglo al Anexo I de PCAP se autorizó por AVES CHICO, SL al órgano de contratación para obtener la certificación de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social. En ejercicio de esta autorización, el Consejo Ejecutivo obtuvo telemáticamente los certificados, en los que se declaraba no hallarse al corriente en el cumplimiento de estas obligaciones (páginas 19 a 21 del documento 21 del expediente).

Octavo. El 2 de agosto de 2016, pudiendo tratarse de un error, se requirió a AVES CHICO para subsanar el defecto, presentado la recurrente un justificante de pago de las deudas, realizado el 4 de agosto de 2016.

Noveno. El 22 de agosto de 2016 la Mesa de contratación elevó la propuesta de exclusión de AVES CHICO y adjudicación al siguiente licitador, haciendo suya la propuesta el órgano de contratación el 23 de septiembre de 2016.

Décimo. En fecha 28 de octubre de 2016 se interpone recurso especial en materia de contratación, al que se adjuntan sendos certificados de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social a fecha 19 de julio de 2016, de fechas 17 de octubre y 27 de octubre de 2016, respectivamente. En ambos

se hace constar la circunstancia de no haber tenido deudas pendientes con los organismos a fecha 19 de julio de 2016.

Undécimo. El 4 de noviembre de 2016 se ha presentado informe por el órgano de contratación acerca de las vicisitudes del expediente de contratación.

Duodécimo. No se ha solicitado ni acordado la suspensión del procedimiento durante la sustanciación del presente recurso.

Decimotercero. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores para que en el plazo de cinco días hábiles realizaran las alegaciones que estimaran oportunas, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Se impugna por parte de AVES CHICO, SL la resolución adoptada por la mesa de contratación del Departament D'Interior, Comerç, Industria i Relacions Institucional Del Consell D'Eivissa, de fecha 5 de octubre de 2016 por la que se excluye a la recurrente por no aportar en plazo la documentación, y se adjudica el contrato de suministro de productos varios de alimentación para diferentes centros del Cosell d'Eivissa.

Segundo. Se ha cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición del recurso

Tercero. La legitimación activa de las partes recurrentes se fundamenta por las mismas en el artículo 42 del TRLCSP (Real Decreto Legislativo 3/2011, 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), al haber concurrido a la licitación de la que no resultó adjudicatario.

Cuarto. El acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 40 del TRLCSP. El recurso se ha presentado dentro del plazo previsto en el artículo 44 del TRLCSP, de quince días hábiles desde la publicación de la resolución de adjudicación. Como se ha hecho referencia en los hechos, no concreta la recurrente a cuál de los lotes se refiere la impugnación. No obstante, tomando en consideración que ha concurrido a los Lotes 1, 2, 3, 5, 6 y 7 y que obtuvo la adjudicación y ulterior exclusión por no acreditar hallarse al corriente en el cumplimiento

de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social, en los Lotes 2, 3 y 6, y que los motivos de impugnación se refieren únicamente a la exclusión, sin hacer referencia alguna a las puntuaciones obtenidas en los Lotes 1 y 5 (donde obtuvo la segunda posición) y que en el Lote 4 es tercera clasificada, y en interpretación a favor del recurso, se considera que el mismo se refiere a los Lotes 2, 3 y 6 en los que ha sido excluida.

Quinto. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de 29 de noviembre de 2012 y publicado en el BOE el día 19 de diciembre de 2012.

Sexto. En primer lugar, atendido que el contenido de los sobres 2 y 3 se ha conocido por el órgano de contratación de forma simultánea, se podría plantear la eventual anulación del procedimiento, por tener noticia del contenido del sobre 2 con anterioridad a la valoración de los criterios sometidos a fórmula matemática. No obstante, atendido que los criterios que debían valorarse con arreglo a un juicio de valor se referían únicamente al Lote 9, de acuerdo con la letra B del cuadro de criterios de adjudicación del PCAP – página 15– (declarado desierto junto con el Lote 8) y que los Lotes 1 a 7 se valoraban únicamente con fórmulas matemáticas, la eventual nulidad que pudiera plantearse carece de relevancia, al haberse declarado desierto el lote en que podría haberse planteado, estando en los Lotes 1 a 7 sujetos a fórmula matemática todos los criterios que se toman en consideración para decidir la oferta más ventajosa.

Séptimo. Entiende la recurrente que la resolución no se ajusta a Derecho, al tratarse de un error del Agencia Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social la emisión de los certificados negativos. Ciertamente, con la interposición del recurso se han aportado sendos certificados en que se pone de manifiesto que a 19 de julio de 2016 no tenía deuda pendiente alguna AVES CHICO, SL con los organismos en cuestión. Estos certificados han sido emitidos el 19 y 27 de octubre de 2016, habiendo iniciado las gestiones para su obtención –según manifiesta la recurrente– el 11 de octubre de 2016 cuando se le notificó la adjudicación al siguiente licitador y la propia exclusión.

Octavo. Por otro lado, el defecto no es en absoluto subsanable. En efecto, la subsanación está prevista para enmendar defectos en ciertos documentos

oportunamente presentados, pero no para aportar nuevos o cumplir con requisitos que no se cumplieron debidamente en plazo. Así, en la línea marcada por la **Resolución 149/2011**, debe traerse a colación la **Resolución 576/2013, de 29 de noviembre**, donde se pone de manifiesto que es aplicable la doctrina de este «*Tribunal en sus Resoluciones 151/2013, de 18 de abril, 196/2013 de 26 de mayo y 177/2013, de 14 de mayo, que siguen la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 9/06, de 24 de marzo de 2006, 47/09, de 1 de febrero de 2010, 18/10, de 24 de noviembre, entre otros) según la cual la subsanación no puede referirse a cualidades de aptitud o solvencia que no se poseyeran en el momento de finalizar los plazos de presentación*». Continúa señalando que «*exponiendo de manera sintética las conclusiones alcanzadas por la doctrina jurisprudencial y administrativa sobre el trámite de subsanación, cabe destacar lo siguiente:*

I) Ante todo se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), conforme al cual: “Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”. Por tanto, la regla general es la concesión de la posibilidad de subsanar al licitador cuya oferta presente defectos u omisiones subsanables.

II) En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo -y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables- se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido, Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere los defectos u omisiones

subsanales a la documentación presentada, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de los que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación. Por tanto, lo que debe subsanarse no es la falta del requisito sino la falta de acreditación del mismo.

III) Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanales, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (en este sentido, Resoluciones de este Tribunal núm. 64/2012 y 177/2012). Así, es cierto que, como se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, que cita a su vez la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/93, de 22 de abril, la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 5 de junio de 1971; 22 de junio de 1972; 27 de noviembre de 1984; 28 de septiembre de 1995 y 6 de julio de 2004, entre otras), así como la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 26/97, de 14 de julio; 13/92, de 7 de mayo; y 1/94, de 3 de febrero), se inclina cada vez más por la aplicación de un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones, afirmando reiteradamente que “una interpretación literalista que conduzca a la no admisión de las proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanales, es contraria al principio de concurrencia».

Noveno. En el presente supuesto, el órgano de contratación solicitó los certificados a la AEAT y a la TGSS, que fueron emitidos negativamente, al existir deudas pendientes tanto con la AEAT como con la TGSS. Estos certificados negativos se recibieron el 4 de agosto de 2016, fecha en que se requirió a la afectada su subsanación. Tanto el PCAP como la propia LCSP precisan el momento en que se deben reunir los requisitos de capacidad y solvencia, concretándolo al momento de finalización del plazo de presentación de las ofertas. Si, como sostiene la recurrente, se trataba de un error de los emisores de los

certificados debió haber solicitado a los mismos la subsanación, lo que habría obtenido sin problemas antes de dictarse la resolución de exclusión, que fue el 11 de octubre. En efecto, el 11 de octubre de 2016 se notifica la resolución de adjudicación y exclusión del recurrente, iniciando en esa fecha –como pone de manifiesto la recurrente en el escrito de interposición– las gestiones para obtener los certificados positivos. Desde el inicio de las referidas gestiones hasta la obtención del último de los certificados transcurrieron algo más de dos semanas, siendo nueve días el tiempo transcurrido hasta la obtención del primero de los certificados.

Pues bien, cuando la recurrente recibió el requerimiento de subsanación el 2 de agosto, debía haber iniciado las gestiones para obtener la rectificación. En lugar de eso abonó el importe de las deudas, a fecha 4 de agosto de 2016, fecha en que se emite el certificado de hallarse al corriente. Obviamente, el vencimiento del plazo para la presentación de las proposiciones fue el 25 de abril de 2016, y la adjudicación el 29 de julio de 2016, por lo que debía cumplirse el requisito entre el 25 de abril y el 29 de julio de 2016. Atendido que regularizó las deudas el 4 de agosto, es claramente extemporáneo, de tal suerte que no se cumple el requisito de aptitud para contratar con las entidades que integran el sector público.

Sin embargo, se ha aportado con la interposición del recurso certificados en los que se manifiesta estar al corriente de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social a 29 de julio de 2016. Sin embargo, esta acreditación del requisito de aptitud se ha verificado fuera del plazo de subsanación fijado por el órgano de contratación. Ciertamente, en aspectos como el presente rige la doctrina de este Tribunal de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de carácter antiformalista en orden a otorgar un plazo de subsanación de aquellos defectos que consistan en la falta de acreditación de un requisito que sí se cumple. No obstante, la subsanación debe verificarse en el plazo fijado para ello. Es cierto que el defecto de que adolecía el recurrente se puede considerar especial, al tratarse de unos actos que no habían sido notificados, defecto que debe ponerse de manifiesto mediante la interposición de los recursos pertinentes contra el acto en cuestión. Sin embargo, como ha podido constatarse, de haber iniciado la recurrente las gestiones para la subsanación del error el 2 de agosto de 2016, habría obtenido los certificados positivos antes de dictarse la resolución de adjudicación. En lugar de ello, ante los certificados negativos, la recurrente procedió al pago de las deudas y a la

obtención de un certificado que declaraba no tener deudas pendientes a fecha 4 de agosto de 2016. Naturalmente, ante estos dos certificados, unido a la carta de pago presentada por la propia recurrente, el órgano de contratación debía excluirla por no acreditar la capacidad para contratar con la Administración a fecha 29 de julio de 2016 (momento de la adjudicación).

En definitiva, los certificados que se aportan con el recurso podrían haber servido para acreditar el cumplimiento del requisito ante el órgano de contratación si se hubieran presentado dentro del plazo de diez días concedido al efecto en fecha 2 de agosto de 2016. Atendido que lo han sido más de dos meses después de la notificación del requerimiento para subsanación, en aplicación de la doctrina transcrita, no puede considerarse cumplido el requerimiento de subsanación y, por tanto, la exclusión se ajusta a Derecho.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J. C. S., en representación de la empresa AVES CHICO, S.L. contra la resolución adoptada por la mesa de contratación del Departament D'Interior, Comerç, Industria i Relacions Institucional del Consell D'Eivissa, de fecha 5 de octubre de 2016 por la que se excluye a la recurrente por no aportar en plazo la documentación, y se adjudica el contrato de suministro de productos varios de alimentación para diferentes centros del Cosell d'Eivissa.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del

Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.