



**Recurso nº 200/2022 C.A. Cantabria 8/2022**

**Resolución nº 500/2022**

**Sección 1ª**

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 6 de mayo de 2022

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J.R.S., en nombre y representación de 3M ESPAÑA, S.L., contra el acuerdo de exclusión y la resolución de adjudicación del lote 42 de la licitación convocada por la Directora Gerente del Servicio Cántabro de Salud para la adjudicación del *“acuerdo marco de suministro de material de anestesia con destino a los centros periféricos de atención especializada del servicio cántabro de salud”* (expediente A.M P.A. SCS 2021/9), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### ANTECEDENTES DE HECHO.

**Primero.** El 4 de mayo de 2021 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación para la adjudicación, por procedimiento abierto, tramitación ordinaria, del *“acuerdo marco de suministro de material de anestesia con destino a los centros periféricos de atención especializada del servicio cántabro de salud”* (expediente A.M P.A. SCS 2021/9), con un valor estimado de 5.364.663,22 euros, convocado por la Directora Gerente del Servicio Cántabro de Salud.

El acuerdo marco se hallaba dividido en 42 lotes de suministros cuya adjudicación dependía, según el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) tanto de criterios cuya valoración dependía de un juicio de valor como de criterios evaluables mediante fórmulas. En concreto, el lote 42 tenía por objeto el suministro de *“Cobertor/Manta por Convección de aire”*.



**Segundo.** Finalizado el plazo para la presentación de ofertas el 24 de mayo de 2021, concurrieron a la licitación del lote 42 las siguientes empresas:

- 3M ESPAÑA, S.L.
- MBA INCORPORADO, S.L.

**Tercero.** Tras la valoración de las ofertas, el 22 de diciembre de 2021 la mesa de contratación realizó propuesta de adjudicación de cada uno de los lotes, proponiendo para el lote 42 a 3M ESPAÑA, S.L.

**Cuarto.** En fecha 30 de diciembre de 2021 el órgano de contratación, aceptando la propuesta de la mesa, dictó acuerdo de clasificación de las ofertas y requirió a cada uno de los licitadores mejor valorados en cada lote, al amparo del artículo 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, para la aportación de la documentación precisa para la adjudicación del contrato a su favor.

**Quinto.** El 19 de enero de 2022 la mesa de contratación volvió a reunirse para examinar la documentación presentada por los licitadores propuestos como adjudicatarios en cumplimiento del requerimiento antes mencionado, acordando la exclusión de 3M ESPAÑA, S.L. por *“no estar al corriente en las cuotas de la Seguridad Social”*.

**Sexto.** El 7 de febrero de 2022 el órgano de contratación dictó la resolución de adjudicación de los diferentes lotes del acuerdo marco, acordando adjudicar el lote 42 a MBA INCORPORADO, S.L.

**Séptimo.** El 16 de febrero de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso interpuesto por D. J.R.S., en nombre y representación de 3M ESPAÑA, S.L. contra el acuerdo de exclusión y la resolución de adjudicación del lote 42.

**Octavo.** En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 56.2 de la LCSP, el órgano de contratación ha remitido a este Tribunal informe en el que defiende la conformidad a Derecho de su actuación y solicita la desestimación del recurso.



**Noveno.** El 22 de febrero de 2022 se dio traslado del recurso al resto de licitadores para la presentación de alegaciones, sin que hayan evacuado el trámite.

**Décimo.** La Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó mediante resolución de fecha 2 de marzo de 2022 la concesión de la medida provisional consistente en suspender el lote 42 del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** El presente procedimiento se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y 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).

**Segundo.** Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 24 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

**Tercero.** Se recurre un acto dictado en el procedimiento de adjudicación de un acuerdo marco que tiene por base la celebración de un contrato de suministro de los previstos en el artículo 44.1.a) de la LCSP y que, por tanto, es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44.1.b) del mismo texto legal.

Tanto el acuerdo de exclusión como la resolución de adjudicación son actuaciones impugnables al amparo del artículo 44.2, letras b) y c) de la LCSP.



**Cuarto.** El recurso se ha interpuesto dentro del plazo de quince días hábiles computado desde el día siguiente a la notificación de los acuerdos impugnados (artículo 50, letras b) y c) de la LCSP).

**Quinto.** El recurso se ha presentado por persona con poder bastante para actuar en representación de la recurrente. Ha de reconocerse a ésta para recurrir al amparo del artículo 48 de la LCSP, pues la estimación de su recurso podría permitirle participar en el proceso de licitación y resultar, en su caso, adjudicataria del contrato.

**Sexto.** En cuanto al fondo del asunto, la recurrente –que fue el licitador mejor valorado para el lote 42 y, por tanto, propuesto para la adjudicación de dicho lote a su favor– considera que el descubierto con la Seguridad Social que motivó su exclusión de la licitación obedece a una cadena de errores y circunstancias puramente burocráticas relacionadas con la cotización de un solo trabajador en situación de baja por paternidad, que se trasladó del centro de trabajo de Madrid a La Coruña de manera efectiva en octubre de 2014, de forma que ha sido la organización provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y los errores internos de ésta lo que ha provocado las discrepancias en las cotizaciones. No obstante, la empresa defiende que ya el 30 de noviembre y el 1 de diciembre de 2021 realizó dos veces el pago de la cantidad adeudada y advirtió de esta circunstancia a la TGSS a fin de evitar situaciones como la que ahora se ha generado. Sin embargo, estos pagos no habrían sido tenidos en cuenta, según la empresa, por la TGSS, que habría iniciado actuaciones recaudatorias dirigidas al cobro de la cantidad supuestamente adeudada por las cotizaciones de este trabajador, resultando de todo ello que, al tiempo de atender la recurrente al requerimiento establecido en el artículo 150.2 de la LCSP, el certificado de la TGSS reflejaba erróneamente que la empresa no se hallaba al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social.

Sostiene por ello la recurrente que el error en el funcionamiento de la Administración no le puede perjudicar. Añade que la exclusión acordada por el órgano de contratación es desproporcionada atendidas las circunstancias. Y, finalmente, razona que, exigiendo el artículo 140.4 de la LCSP, en la interpretación dada por este Tribunal en su resolución 193/2019, que la inexistencia de prohibiciones de contratar se da en el momento de presentación de la oferta y en el momento de la perfección del contrato mediante su



formalización, con independencia de lo que suceda en el periodo intermedio, la recurrente cumplía este requisito, pues al tiempo de la presentación de su oferta se hallaba al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social y, asimismo, trató de acreditar frente al órgano de contratación que también se hallaba al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social antes de la formalización del contrato mediante un escrito de alegaciones presentado el 31 de enero de 2022 que, sin embargo, no fue tenido en cuenta por el órgano de contratación.

Frente a estos argumentos, el órgano de contratación sostiene en su informe que la mesa de contratación comprobó en dos ocasiones (29 de diciembre de 2021 y 19 de enero de 2022, que la recurrente no estaba al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, incurriendo con ello en la prohibición para contratar establecida en el artículo 71.d) de la LCSP. Añade que en el artículo 72 de la LCSP se dispone que la prohibición de contratar relativa a dicha circunstancia se apreciará directamente por el órgano de contratación, subsistiendo (dicha prohibición) mientras concurren las circunstancias que la determinan. Por tanto, dice el órgano de contratación que nos encontramos ante un defecto no subsanable, por concurrir causa de prohibición de contratar en el momento de realizarse la propuesta de adjudicación, motivo por el cual el licitador fue excluido. Continúa diciendo que *“encontrarse al corriente en el pago de las cotizaciones de la Seguridad Social constituye una condición de aptitud que debe cumplirse al tiempo de presentar la solicitud para participar en la licitación o presentar la proposición y mantenerse hasta la adjudicación del contrato, salvo que exista un aplazamiento, fraccionamiento o acuerdo de suspensión”*. Finalmente, en relación con el artículo 57.2 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo 1210/2020 (Rec. 8006/2018), dice el órgano de contratación que ha de atenderse a la finalidad perseguida por el Tribunal Supremo al fijar su doctrina de que: *“de permitirse la subsanación en el momento de formalización del contrato haría de mejor condición a los licitadores deudores que podrían no satisfacer sus deudas hasta el momento de la adjudicación”*.

El Tribunal considera que el recurso ha de ser parcialmente estimado.



Cuando se aprecie la existencia de una prohibición de contratar en el trámite regulado en el artículo 150.2 de la LCSP, el órgano de contratación debe ponerlo de manifiesto al licitador afectado, concediéndole la oportunidad de probar su fiabilidad, tal y como dispone el artículo 57.2, último párrafo de la Directiva 2014/24/UE al regular la exclusión por el incumplimiento de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social:

*“El presente apartado dejará de aplicarse una vez que el operador económico haya cumplido sus obligaciones de pago o celebrado un acuerdo vinculante con vistas al pago de los impuestos o las cotizaciones a la seguridad social, incluidos en su caso los intereses acumulados o las multas impuestas”.*

Y, en los mismos términos, el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE establece que:

*“Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación”.*

Por tanto, el órgano de contratación que aprecie la existencia de la prohibición de contratar establecida en el artículo 71.1.d) de la LCSP, deberá conceder audiencia al interesado para permitir que éste, en su caso, justifique que la deuda ha sido pagada, aplazada, fraccionada o suspendida como consecuencia de su impugnación.

En el trámite del artículo 150.2 de la LCSP los interesados pueden presentar certificados positivos de estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social; certificados que normalmente tendrán una validez de 6 meses. Pero también pueden autorizar al órgano de contratación para que sea éste quien consulte la situación del propuesto como adjudicatario. En este caso, de resultar negativa la consulta, se debe dar la posibilidad al licitador de acreditar estar al corriente, incluyendo la facultad de regularizar su situación tributaria y con la Seguridad Social, tal y como hemos visto establece la Directiva 2014/24/UE.



A mayor abundamiento, la solución apuntada no es incompatible con lo dispuesto en el artículo 72.1.a) de la LCSP, según el cual la prohibición de contratar dispuesta en el artículo 71.1.d) será apreciada directamente por el órgano de contratación, puesto que la circunstancia de que deba darse audiencia al interesado antes de adoptar una decisión definitiva, no hurta al órgano de contratación su competencia para apreciar la existencia de la prohibición de contratar.

Tampoco es contraria la solución indicada a lo declarado por el Tribunal Supremo en la Sentencia 1210/2020 (Rec. 8006/2018) invocada por el órgano de contratación en su informe, pues en dicha sentencia lo que se resuelve es sobre el momento en que debe concurrir el requisito de estar al corriente en el pago de cuotas de la Seguridad social, diciendo que *“los artículos 60.1.d) y 61.1 TRLCSP [actuales artículos 71.1.d) y 72.1 LCSP] en relación con el 146 TRLCSP y el más tajante 140 LCSP determinan que el cumplimiento de la obligación de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social debe venir referido a la fecha de licitación del contrato o presentación de la oferta”*. Sin embargo, ni se pronuncia sobre la necesidad de que la circunstancia subsista al tiempo de la perfección del contrato (algo que este Tribunal ha puesto de manifiesto, entre otras, en su Resolución 193/2019, invocada por la recurrente), ni, a los efectos que aquí interesan, sobre la necesidad de dar audiencia al licitador mejor valorado cuando se aprecie la existencia de una posible causa de exclusión antes de confirmar, en su caso, su concurrencia y expulsarle de la licitación.

Ha de hacerse notar, en todo caso, que la documentación aportada por la recurrente con su recurso, consistente en certificados de la TGSS de fechas 14/12/2020, 08/03/2021, 19/04/2021, 13/05/2021, 08/06/2021, 13/08/2021, 01/10/2021 y 02/11/2021) permite apreciar que la licitadora se hallaba al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social al tiempo de presentación de su oferta y durante parte del proceso de licitación.

Se estima parcialmente el recurso, anulando la resolución de exclusión de la empresa recurrente, con retroacción del procedimiento para ponerle de manifiesto la existencia de una certificación negativa de la Seguridad Social, y concederle un plazo de subsanación de esta circunstancia que le permita presentar pruebas de su fiabilidad, incluyendo la



posibilidad de regularizar su situación con la Seguridad Social, continuando el procedimiento por sus trámites.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación

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

**Primero.** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. J.R.S., en nombre y representación de 3M ESPAÑA, S.L., contra el acuerdo de exclusión y la resolución de adjudicación del lote 42 de la licitación convocada por la Directora Gerente del Servicio Cantabro de Salud para la adjudicación del *“acuerdo marco de suministro de material de anestesia con destino a los centros periféricos de atención especializada del servicio cántabro de salud”* (expediente A.M P.A. SCS 2021/9), con los efectos declarados en el último Fundamento de Derecho de esta Resolución.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

**Tercero.** 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 multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso- administrativo ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta 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.