Recurso nº 213/2018 C.A. Galicia 27/2018
Resolución nº 356/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid a 13 de abril de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D.M.A.V.G., actuando en nombre y representación de TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A.(TEXTIPOL) contra el acuerdo de 14 de febrero de 2018 del órgano de contratación constituida en relación con el expediente MI-SER1-17-00E para la licitación del contrato *"Suministro sucesivo de gasas y compresas de algodón y tejido sin tejer, compresas tocológicas y absorbentes infantiles con destino a las Estructuras de Gestión Integrada del Servicio Galego de Saúde"* en relacion con los lotes 10, 11 14 y 16 por la que se excluye a dicha empresa del procedimiento, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El órgano competente del SERGAS acordó el 1 de febrero de 2017 el inicio del procedimiento para la licitación del expediente MI-SER1-17-00E para la licitación del contrato *"Suministro sucesivo de gasas y compresas de algodón y tejido sin tejer, compresas tocológicas y absorbentes infantiles con destino a las Estructuras de Gestión Integrada del Servicio Galego de Saúde, lotes 3 a 11"*. El acuerdo y los pliegos fueron objeto de publicación en el DOUE el 8 de febrero de 2017, así como en el BOE el 20 del mismo mes y año y en el DOGA el 23, también del mismo mes y año.

Segundo. El procedimiento se rige por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), siguiéndose los trámites del procedimiento abierto.

AVDA. GENERAL PERÓN 38, 8ª PLTA.
28071 - MADRID
TEL: 91.349.13.19
FAX: 91.349.14.41
Tribunal_recursos.contratos@minhafp.es

Tercero. Tras la tramitación oportuna, el 7 de abril de 2017 se acuerda la exclusión de la licitadora por no haber acreditado las condiciones de solvencia establecidas en el pliego, al no haber acreditado los suministros efectuados con el debido desglose, lo que impide conocer si al menos en alguno de los años se había superado la cuantía mínima exigida en el pliego. El 5 de mayo de 2017 se formula por la licitadora excluida recurso especial ante este Tribunal, quien dictó resolución nº 558/2017, relativa al recurso 433/2017 por la que se estima el citado recurso.

Cuarto. De conformidad con lo establecido en el último fundamento de derecho de la citada resolución, la Mesa de Contratación se reunió el 7 de julio de 2018, acordando admitir a trámite la oferta presentada por la recurrente y continuar con la tramitación del procedimiento de licitación, dado que en ese momento no se había procedido todavía a la apertura del sobre C, relativo a los criterios evaluables mediante fórmula.

Quinto. El 14 de julio se procede en acto público a la apertura del sobre B referido a la oferta correspondiente a los criterios evaluables mediante juicios de valor aportada por la recurrente y que no había sido abierto como consecuencia de la inicial exclusión de la licitadora. A la vista del informe técnico emitido por los servicios responsables, la mesa de contratación decide proponer la exclusión de una serie de licitadores, continuándose el procedimiento por sus trámites.

Sexto. El 16 de noviembre de 2017 se reúne la mesa para la valoración del informe técnico y la apertura de los sobres C, relativos a la oferta evaluable mediante fórmulas. Dado que algunas de las empresas se encontraban en situación de presunción de temeridad, se requirió a éstas para que justificaran la oferta. El 30 de noviembre de 2017 se reúne nuevamente la mesa para el análisis de las mismas, decidiendo finalmente proponer como adjudicatarios de los contratos, en concreto para el Lote 16, a la entidad TEXTIPOL, requiriendo a ésta para que aportara la documentación correspondiente.

Séptimo. El 14 de diciembre se dicta acuerdo del órgano de contratación confirmando la propuesta de exclusión de la mesa, acuerdo que es notificado al día siguiente a la licitadora. Presentado recurso especial de revisión en materia contractual por ORTOPEDIA Y CIRUGIA, S.L., este Tribunal dictó resolución nº 127/2018 de 9 de febrero, desestimándolo y levantando la suspensión acordada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 TRLCSP.

Octavo. Tras continuar el procedimiento por sus trámites, se requirió a TEXTIPOL para que aportara la documentación establecida en la cláusula 6.6.2 del PCAP, correspondiente al trámite del artículo 151.2 TRLCSP. Aportada la documentación, se le concedió un plazo de tres días hábiles para la subsanación de los siguientes extremos:

"1. *No se aportan los certificados de la solvencia técnica o profesional como se indica en el PCAP (…)*

2. No justifica el pago de los gastos de publicación del anuncio de licitación en el DOG y en el BOE".

Noveno. En particular, la licitadora había aportado en el trámite inicial el justificante impreso de haber efectuado la transferencia desde la banca online, justificante que contenía la siguiente leyenda:

"*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Ley 22/2007 sobre comercialización de servicios financieros destinados a los consumidores, en esta operación no existe derecho de desistimiento.*

Esta operación queda aceptada con fecha 14-12-2017 mediante la utilización de la clave de seguridad personal e intrasferible [sic] *que constituye la firma electrónica del cliente, que tiene a todos los efectos la misma validez jurídica que su firma manuscrita.*

Este justificante es provisional y carece de toda validez sin una autentificación explícita del Banco".

La licitadora presentó un nuevo justificante, también fotocopiado, donde no se contenía dicha leyenda.

Décimo. El 1 de febrero se reune nuevamente la mesa de contratación para el examen de la documentación requerida. En relación con TEXTIPOL, la mesa concluye lo siguiente:

"*-Acredita correctamente la solvencia técnica o profesional*

-Justifica adecuadamente el pago de los gastos de publicación del anuncio de licitación en el DOG pero no los del BOE

De todo lo actuado, se acuerda:

Primero. Excluir a TEXTIL PLANAS OLVIERAS S.A., del procedimiento como adjudicatario de los lotes 10-14-16 por no justificar el pago de los gastos de publicación del anuncio de licitación en el BOE, dado que de la información y documentación aportada, en el requerimiento de la documentación administrativa así como en el trámite de subsanación cursado a tal efecto, no permite constatar de forma fehaciente que se haya efectuado el ingreso relativo a los gastos de publicidad en el BOE y en la documentación aportada en el requerimiento de la pre-adjudicación consta lo siguiente: "Este justificante es provisional y carece de toda validez sin una autentificación explícita del Banco".

Dicho acuerdo es notificado a TEXTIPOL el 14 de febrero de 2018.

Úndecimo. El 5 de marzo de 2018 TEXTIPOL formula recurso especial de revisión en materia contractual ante este Tribunal. Recibido el expediente, junto con el informe del órgano de contratación, la Secretaría del Tribunal dio trámite de audiencia al resto de interesados el 12 de marzo de 2018, sin que ninguno de ellos haya hecho uso del mismo.

Duodécimo. El procedimiento de licitación ha quedado suspendido por resolución de la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, de 16 de marzo de 2018, que estima la solicitud de medida provisional formulada por el recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Competencia del Tribunal

El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 y 4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto el 7 de noviembre de 2013 entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Galicia y publicado en el BOE el día 25 de noviembre del mismo año.

Segundo. Acto recurrible.

El recurso se interpone frente a un acto recurrible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 b) TRLCSP, por tratarse de un acuerdo de exclusión que supone la finalización del procedimiento para el licitador y en relación con un procedimiento de contratación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 a) TRLCSP.

Tercero. Legitimación de recurrente, plazo y forma de presentación.

El recurso está interpuesto en plazo y por persona legitimada para ello, por tratarse del licitador excluido, por lo que la eventual estimación del recurso podría dar lugar a la adjudicación a su favor.

Cuarto. Alegaciones del recurrente e informe del órgano de contratación.

La única cuestión controvertida se refiere a la suficiencia de la documentación aportada por TEXTIPOL en orden a acreditar el pago de los gastos de publicidad en el BOE, según se exigía en el pliego y fue requerido por el órgano de contratación.

En este sentido señala el recurrente que en el requerimiento que se le efectuó el 5 de diciembre de 2017 para la aportación de la documentación correspondiente se hacía referencia al Anexo del propio requerimiento, donde lo que se exigía era la aportación de una “fotocopia clara y legible del resguardo de transferencia”. Y ese es el documento que se remitió, al no ser exigible el original ni un certificado bancario.

En el segundo requerimiento efectuado el 22 de enero de 2018, no se hizo referencia expresa a la cuestión relativa a la falta de autentificación por el banco, sino que únicamente se decía que no se había justificado el pago de los gastos de publicación del anuncio de licitación, motivo por el cual se volvió a presentar el resguardo de la transferencia efectuada mediante banca online.

Se invoca en este sentido distinta doctrina de este Tribunal y otros Tribunales administrativos, así como diversa jurisprudencia en relación con las consecuencias aparejadas a los defectos en la aportación de la documentación correspondiente al

trámite del artículo 151.2 TRCLSP, así como con los principios de proporcionalidad y antiformalismo.

Finalmente solicita como prueba la comparación de la documentación presentada por los demás licitadores propuestos como adjudicatarios a fin de que se constate que la fotocopia presentada constituye un documento idóneo y así ha sido admitido por la propia mesa en relación con los demás lotes.

El órgano de contratación contesta al recurso en el informe remitido junto con el expediente señalando que el pliego es claro y terminante en cuanto a la documentación que debía aportarse y las consecuencias de la no aportación en la forma estipulada. En este sentido señala que el documento aportado no podía ser válido, pues el propio documento señalaba que se trataba de un documento "carente de toda validez sin la autenticación del banco", por lo que no podía ser tomado en consideración, salvo que se aportara dicha autenticación, cosa que no hizo pese a habérsele dado el correspondiente plazo de subsanación.

Quinto. Doctrina de este Tribunal sobre la exclusión de licitadores por la aportación incorrecta de la documentación correspondiente al trámite del artículo 151.2 TRLCSP. Análisis del caso.

Para resolver la presente cuestión debe partirse de lo dispuesto en el artículo 151.2 TRLCSP, que señala:

"2. El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la <u>documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva</u> que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda el de veinte días hábiles.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas."

Además, el artículo 146.4 TRLCSP señala:

"El órgano de contratación, si lo estima conveniente, podrá establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares que la aportación inicial de la documentación establecida en el apartado 1 se sustituya por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración. En tal caso, el licitador a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación, deberá acreditar ante el órgano de contratación, previamente a la adjudicación del contrato, la posesión y validez de los documentos exigidos. En todo caso bastará con esta declaración responsable en los contratos de obras con valor estimado inferior a 1.000.000 euros y de suministros y servicios con valor estimado inferior a 90.000 euros.

En todo caso el órgano de contratación, en orden a garantizar el buen fin del procedimiento, podrá recabar, en cualquier momento anterior a la adopción de la propuesta de adjudicación, que los licitadores aporten documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones establecidas para ser adjudicatario del contrato."

Es decir, la documentación que debe aportarse con anterioridad al acuerdo de adjudicación por parte del licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa es la siguiente:

-La que acredita que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración (capacidad de obrar, no estar incurso en prohibición de contratar y condiciones de solvencia).

-Que se encuentra al corriente del pago de obligaciones tributarias y de la Seguridad Social.

-Que dispone efectivamente de los medios que se haya comprometido a adscribir al contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.2 TRLCSP.

-Que ha constituido la garantía definitiva.

En este sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal la que señala que sólo la falta de aportación de esta documentación puede dar lugar a la no adjudicación del contrato a favor de quien presentó la oferta más ventajosa y ello aun cuando en los pliegos pueda requerirse otra documentación adicional, cuya falta de aportación en ningún caso podrá lugar a la exclusión del licitador.

Cabe así citar la resolución de este Tribunal 422/2015, de 8 de mayo, que a este respecto señala:

"Sin embargo, no podemos en este punto sino darle la razón al licitador. La documentación exigida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.2 TRLCSP y cuya falta de aportación lleva aparejada la consideración de que la oferta se tiene por no puesta, es únicamente aquella necesaria para entender que el licitador reúne los requisitos de capacidad y solvencia exigidos legalmente, pues tales son los requisitos que han de concurrir para poder formalizar el contrato y comenzar la prestación objeto del mismo, pero en ningún caso es posible adelantar a dicho momento procedimental requisitos cuyo cumplimiento solo resulta exigible en la fase de ejecución del contrato. 2

En el mismo sentido, la resolución 281/2011, citada también en la resolución anterior, señaló: "*La documentación que se puede requerir a la empresa que haya presentado la oferta que resulte ser la económicamente más ventajosa, antes de la adjudicación, está tasada en el citado artículo 135.2 y se refiere a la que acredite el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, la constitución de la garantía definitiva, así como la acreditación "de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 53.2". El artículo 53.2, incardinado en la subsección de la Ley dedicada a la solvencia, se refiere*

a la posibilidad que tienen los órganos de contratación de "exigir a los candidatos licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello".

El pago de los gastos de publicidad del anuncio no es un requisito para contratar con la Administración, sino una carga que debe soportar el licitador que finalmente resulte adjudicatario, tal y como se establece en el artículo 75 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas:

"Con excepción de los supuestos regulados en el artículo 15, párrafo b), de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, o en las restantes normas de las distintas Administraciones públicas, en los que la publicidad de los anuncios resulte gratuita, y salvo que otra cosa se indique en el pliego de cláusulas administrativas particulares, <u>únicamente será de cuenta del adjudicatario del contrato</u> la publicación, por una sola vez, de los anuncios de contratos en el «Boletín Oficial del Estado» o en los respectivos diarios o boletines oficiales en los supuestos a que se refiere el artículo 78 de la Ley".

Por lo tanto, en ningún caso cabe exigir la prueba del pago de los gastos de publicidad a quien todavía no es adjudicatario del contrato, y mucho menos excluirle del procedimiento por no haber abonado unos gastos que precisamente solo tendría obligación de abonar una vez se haya acordado la adjudicación a su favor, lo que se producirá solo se producirá con el acuerdo del órgano de contratación una vez analizada la documentación prevista en el artículo 151.2 TRLCSP.

En definitiva, la falta de pago de los gastos de publicidad por parte del licitador que presenta la oferta económicamente más ventajosa no puede dar lugar a que no se acuerde la adjudicación a su favor, pues es precisamente esa adjudicación la que determina el nacimiento de esa obligación de pago. Obligación cuyo incumplimiento en ningún caso puede dar lugar a la exclusión del procedimiento de licitación, sino a la

exigencia de su pago al adjudicatario como parte de las obligaciones que se asumen en el contrato, pudiendo para acudir a cualquiera de los mecanismos establecidos en la propia documentación contractual para ello.

Por otro lado, existen otros motivos que deben dar lugar a la estimación del recurso en el presente caso. En primer lugar, lo cierto es que el requerimiento efectuado no era en absoluto claro, pues lo que se exigía era la aportación de una “fotocopia clara y legible del resguardo de la transferencia”. Debe recordarse que hoy en día se ha generalizado la transferencia realizada mediante banca online, lo que hace que, por definición, no se generen “resguardos” de transferencia, como ocurre cuando la transferencia se efectúa presencialmente en una sucursal bancaria. Por el contrario, la única referencia documental que existe es el justificante que puede imprimirse de la pantalla del ordenador donde constan los datos de la transferencia, datos que sirven para garantizar su autenticidad, mediante la oportuna consulta a la entidad bancaria. Y ese documento tiene una fuerza probatoria similar a la de la fotocopia clara y legible del resguardo de la transferencia, que es lo que se exigía en el requerimiento. Y si bien es cierto que en el documento aportado se decía que el mismo “carecía de validez sin la autenticación del banco”, es evidente que dicha frase debe interpretarse en el sentido de que el documento no constituye una prueba fehaciente, pero es que en este caso en el requerimiento no exigía esa fehaciencia, sino únicamente el resguardo. Además, en el documento presentado en segundo lugar no se contenía ya dicha expresión.

En segundo lugar, y teniendo en cuenta lo anterior, el segundo requerimiento realizado tampoco permite aclarar cuál era el defecto que se había detectado en la documentación presentada inicialmente, pues se limitaba a señalar que “no se había justificado” el abono de los gastos. Si lo que el órgano de contratación pretendía era que se aportara la autenticación del banco, así debió haberlo exigido, a pesar de que, como se ha dicho, en el primer requerimiento no se exigió la aportación de un certificado bancario, sino que era suficiente el resguardo de la transferencia.

Finalmente, hay que señalar que el órgano de contratación tiene plena constancia del pago realizado, pues es el beneficiario de la transferencia y no tenía más que comprobar en su propio sistema de contabilidad si el pago se había realizado o no, resultando de

todo punto desproporcionado acordar la exclusión del licitador por no acreditar un extremo cuya prueba resulta perfectamente disponible para el órgano de contratación, por ser la otra parte de la relación jurídica que se pretende acreditar.

A la vista de lo anterior y estimada la alegación del demandante, se desestima la petición de prueba efectuada por no resultar necesaria para la resolución del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Sexto. Consecuencias de la estimación del recurso.

Estimado el recurso y anulado el acuerdo de exclusión, ello debe determinar la retroacción del procedimiento hasta el momento en que se produjo la misma, continuando el procedimiento por sus trámites, es decir, la mesa de contratación deberá realizar una nueva propuesta de adjudicación al órgano de contratación para que el mismo decida lo que corresponda en Derecho.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso formulado por D.M.A.V.G., actuando en nombre y representación de TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A.(TEXTIPOL) contra el acuerdo de 14 de febrero de 2018 del órgano de contratación constituida en relación con el expediente MI-SER1-17-00E para la licitación del contrato *"Suministro sucesivo de gasas y compresas de algodón y tejido sin tejer, compresas tocológicas y absorbentes infantiles con destino a las Estructuras de Gestión Integrada del Servicio Galego de Saúde*" lotes 10, 11, 14 y 16, anulando el acuerdo de exclusión con las consecuencias previstas en el último fundamento jurídico de la presente resolución.

Segundo. Levantar la suspensión decretada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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 Galicia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a 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.