Tribunal Administrativo de Recur
Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (2910/00500/00000)
SALIDA
14/11/2018 09:11:50
2018203300049796

Agencia Publica Andaluza de Educación, Servicios Centrales
C/ Judería,1. Edificio Vega Rey
41900 - CAMAS
SEVILLA

proveedores.agenciaedu@juntadeandalucia.es

Fecha: 14 de noviembre de 2018
Ref: SPM/msp
Asunto: Rtdo. Resolución Tribunal 309/2018
Recurso Tribunal 264/2018

Se notifica que con fecha 9 de noviembre de 2018, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía ha dictado la Resolución 309/2018, cuya copia se adjunta, por la que se resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE AULA DE OCIO S.L. - 7ITRIA S.A.** contra la Resolución de adjudicación de 4 de julio de 2018 y la Resolución de 3 de julio de 2018, por la que se declaran desiertos los lotes 48, 67, 129, 133, 135 y 136, dictadas por la Dirección General de la Agencia Pública Andaluza de Educación, en relación al contrato denominado "*Concesión de servicio público de Aula Matinal en los Centros Docentes públicos, dependientes de la Consejería de Educación*" (Expte. 00375/ISE/2017/SC), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación.

Asimismo se hace constar que la resolución remitida es copia auténtica del documento original que obra en este Tribunal.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Fdo: Susana Palma Martos

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	14/11/2018	PÁGINA 1/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm5890G30LAED-Ij-t5a3gMB7IG	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Recurso 264/2018
Resolución 309/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 9 de noviembre de 2018

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE AULA DE OCIO S.L. - 7ITRIA S.A.** contra la Resolución de adjudicación de 4 de julio de 2018 y la Resolución de 3 de julio de 2018, por la que se declaran desiertos los lotes 48, 67, 129, 133, 135 y 136, dictadas por la Dirección General de la Agencia Pública Andaluza de Educación, en relación al contrato denominado "*Concesión de servicio público de Aula Matinal en los Centros Docentes públicos, dependientes de la Consejería de Educación*" (Expte. 00375/ISE/2017/SC), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 23 de febrero de 2018, se publicó el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	14/11/2018	PÁGINA 2/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm5890G30LAED-Ij-t5a3gMB7IG	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía. El citado anuncio fue asimismo publicado el 2 de marzo de 2018, en el Boletín Oficial del Estado núm 54.

El valor estimado del contrato asciende a 35.819.385,98 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

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 Legislativo 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 (en adelante Real Decreto 817/2009) 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. Asimismo, el procedimiento del recurso especial se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), todo ello de conformidad con lo establecido en su disposición transitoria primera.

TERCERO. En sesión celebrada por la mesa de contratación el 25 de mayo de 2018, se determina como oferta económicamente más ventajosa la formulada por la UTE AULA DE OCIO S.L. - 7ITRIA S.A. (en adelante UTE AULA DE OCIO - 7ITRIA), en relación a los lotes 48, 67, 129, 133, 135 y 136, requiriéndole el órgano de contratación con fecha 29 de mayo de 2018, la documentación justificativa previa a la adjudicación que es presentada por la recurrente, el 13 de junio de 2018, en el Registro del órgano de contratación.

CUARTO. Mediante Resolución de 3 de julio de 2018 del Director General de la Agencia Pública Andaluza de Educación, se declaran desiertos los lotes 48, 67, 129, 133, 135 y 136, porque la licitadora propuesta como adjudicataria a los mismos no ha presentado correctamente la documentación previa a la adjudicación, siendo dicha licitadora la única cuya oferta ha sido admitida para

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	14/11/2018	PÁGINA 3/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm5890G30LAED-Ij-t5a3gMB7IG	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

estos lotes.

QUINTO. Mediante Resolución del Director General de la Agencia Pública Andaluza de Educación de 4 de julio de 2018, se acuerda la adjudicación del presente contrato. Dicha Resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante en dicha fecha y remitida a la ahora recurrente mediante oficio asimismo de 4 de julio de 2018.

SEXTO. El 20 de julio de 2018 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE AULA DE OCIO - 7ITRIA contra la Resolución de 3 de julio de 2018 de declaración de desierto y la Resolución de adjudicación de 4 de julio de 2018 citadas. En dicho escrito solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

SÉPTIMO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 23 de julio de 2018, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe relativo al recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación solicitada fue recibida en el Registro de este Tribunal el 26 de julio de 2018.

OCTAVO. El 3 de agosto de 2018, este Tribunal dictó resolución acordando la suspensión del procedimiento de adjudicación respecto a los lotes 48, 67, 129, 133, 135 y 136.

NOVENO. Mediante escritos de 10 de agosto de 2018, se dio traslado del recurso al resto de licitadoras que presentaron oferta a dichos lotes en el presente procedimiento, concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndolas presentado en el plazo señalado.

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	14/11/2018	PÁGINA 4/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm5890G30LAED-Ij-t5a3gMB7IG	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, 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. Respecto a la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso, el órgano de contratación considera que en relación a la resolución de adjudicación impugnada la misma carecería de legitimación activa por cuanto, además de a los lotes declarados desiertos, solo licita al lote 134, no planteando respecto a éste cuestión alguna sobre la legalidad de su adjudicación, por lo que aunque prosperase su pretensión contra la declaración de desierto, en ningún caso resultaría adjudicataria de dicho lote.

Al respecto, en relación con los actos objeto de recurso, debemos señalar que si bien la recurrente impugna formalmente tanto la resolución de 4 de julio, de adjudicación como la resolución de 3 de julio de 2018, de declaración de desierto de la licitación, respecto a los lotes 48, 67, 129, 133, 135 y 136, atendiendo al contenido del recurso, sustantivamente lo que la recurrente está impugnando es esta última resolución.

En este sentido, debemos señalar que en el propio escrito de recurso manifiesta que en la resolución de adjudicación se hace referencia a la declaración de desierto de los lotes citados indicando los motivos de dicha declaración, circunstancia esta, por la que entendemos ha procedido a impugnar ambas resoluciones.

Por lo tanto, debemos entender que el único acto formal y sustancialmente impugnado es la resolución de declaración de desierto, ostentando legitimación

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	14/11/2018	PÁGINA 5/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm5890G30LAED-Ij-t5a3gMB7IG	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

la recurrente para su impugnación, dada su condición de licitadora en el procedimiento, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

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 44 de la LCSP.

El objeto de licitación es un contrato cuyo valor estimado asciende a 35.819.385,98 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador.

Por lo tanto, siendo el acto formal y sustantivamente impugnado la resolución de 3 de julio de 2018, de declaración de desierto, al tratarse de un acto finalizador del procedimiento de adjudicación es equiparable, a efectos del recurso especial, a la adjudicación. En tal sentido se viene pronunciando de modo reiterado y constante este Tribunal (v.g. Resoluciones 187/2017, de 26 de septiembre y 49/2018, de 23 de febrero, entre otras muchas) y el resto de Órganos de revisión de decisiones en materia contractual.

Por tanto, el recurso presentado es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que "*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*
d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento".

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	14/11/2018	PÁGINA 6/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm5890G30LAED-Ij-t5a3gMB7IG	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Por su parte, la citada disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que "*Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*
Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado".

En el supuesto analizado, la recurrente manifiesta que la resolución de declaración de desierto del procedimiento de licitación le fue notificada el 4 de julio de 2018, sin que conste en el expediente remitido la fecha efectiva de su notificación. No obstante, siendo la resolución de fecha 3 de julio de 2018, aun computando desde esta fecha, el recurso presentado en el Registro del Tribunal el 20 de julio de 2018 se ha interpuesto en el plazo legalmente previsto.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

Como se ha expuesto anteriormente, la recurrente aun cuando formalmente impugna ambas resoluciones -declaración de desierto y adjudicación- sustantivamente está impugnando la resolución de 3 de julio de 2018, por la que se declara desierta la licitación, respecto a los lotes ya citados, solicitando que, con estimación del recurso, se acuerde su anulación y se considere válida la documentación aportada por ella, procediéndose a adjudicarle los lotes 48, 67, 129, 133, 135 y 136. Asimismo, subsidiariamente, para el supuesto de que no se considere debidamente cumplimentada la documentación presentada, se acuerde requerir al órgano de contratación para que solicite la subsanación de la misma, procediendo posteriormente a su adjudicación.

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	14/11/2018	PÁGINA 7/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm5890G30LAED-Ij-t5a3gMB7IG	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Expuesto lo anterior, con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación las actuaciones del órgano de contratación acaecidas desde la determinación de la oferta económicamente más ventajosa respecto a los lotes 48, 67, 129, 133, 135 y 136 hasta la resolución declarando desierta la licitación respecto a los mismos.

Al respecto, con fecha 29 de mayo de 2018, previa determinación de la oferta más ventajosa respecto a los lotes citados, se requirió a la ahora recurrente conforme a lo previsto en la cláusula 10.6 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), la documentación previa a la adjudicación, aportando la documentación solicitada en el Registro del órgano de contratación el 13 de junio de 2018.

En sesión celebrada por la mesa de contratación el 22 de junio de 2018, para analizar la documentación previa a la adjudicación de las licitadoras propuestas, y en concreto, respecto a la documentación aportada por la UTE AULA DE OCIO - 7ITRIA, se acuerda que:

"*Según la cláusula 10.6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la falta de aportación de la documentación referida en la letras c), d), e) y f) en el plazo concedido se considerará retirada injustificada de la proposición por la persona licitadora, lo que supondrá su exclusión del procedimiento de adjudicación y la incautación de la garantía provisional que, en su caso, se hubiese constituido.*

En este caso la empresa 71 TRIA, SA no ha aportado la certificación positiva expedida por la Administración Tributaria de la JUNTA DE ANDALUCIA justificativa de la Inexistencia con la Administración Autonómica de deudas de naturaleza tributaria en periodo ejecutivo o, en el caso de contribuyentes contra los que no proceda la utilización de la vía de apremio, deudas no atendidas en período voluntario (segundo punto del apartado c), acordando la Mesa de Contratación su exclusión y, en base al PCAP, se procede a recabar la documentación previa a la adjudicación a la persona licitadora siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas, proponiéndose al Órgano de Contratación la declaración de desierto de los lotes 48, 67, 129, 133, 135 y 136 por no haber más personas licitadoras que concurran a los citados lotes."

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	14/11/2018	PÁGINA 8/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm5890G30LAED-Ij-t5a3gMB7IG	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Con fecha 27 de junio de 2018, se presenta por la recurrente en el Registro del órgano de contratación escrito dirigido a la mesa de contratación al que se adjuntan distintos correos electrónicos y certificación positiva, expedida por la Administración Tributaria de la Junta de Andalucía, el 25 de junio de 2018, de la mercantil 7ITRIA, S.A., solicitando que se admita la misma, se tenga por subsanado el certificado requerido y se adjudique a la citada UTE los lotes 48, 67, 129, 133, 135 y 136 del presente contrato.

Posteriormente, en sesión celebrada por la mesa de contratación el 2 de julio de 2018, para analizar la subsanación de la documentación previa aportada por los distintos licitadores propuestos adjudicatarios, acuerda en relación al escrito presentado por la UTE AULA DE OCIO - 7ITRIA su no estimación y ratificación del acuerdo de exclusión adoptado en la sesión anterior.

Con fecha 3 de julio de 2018, se resuelve por el órgano de contratación declarar desierta la licitación respecto a los lotes referenciados, siendo la oferta presentada por la UTE recurrente en esta fase del procedimiento la única admitida a la presente licitación para los citados lotes.

La recurrente en su escrito de recurso se opone a la declaración de desierto en base a las siguientes alegaciones:

En primer lugar, considera que habiendo presentado en el plazo concedido para ello la empresa 7ITRIA, S.A. -integrante de la UTE- a fin de acreditar el requisito del cumplimiento de las obligaciones tributarias, el certificado acreditativo de dicho extremo expedido por la Agencia Tributaria Estatal y por la Agencia Tributaria de Cataluña, -atendiendo al lugar donde ejerce su actividad y tiene su domicilio social- ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 151.2 del TRLCSP, más aun cuando previa solicitud de aclaración al órgano de contratación sobre la documentación a presentar este no se ha pronunciado al respecto, por lo que estima que dicho órgano la consideró correcta.

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	14/11/2018	PÁGINA 9/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm5890G30LAED-Ij-t5a3gMB7IG	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

En segundo lugar, alega que si el órgano de contratación consideró que la documentación aportada no era correcta, debió otorgarle el correspondiente trámite de subsanación o aclaración de la documentación presentada, más aun cuando siendo la única licitadora admitida a esos lotes, en ningún caso su concesión supondría una quiebra del principio de igualdad de trato.

En definitiva, señala la recurrente que su actuación evidencia su intención de no retirar su oferta y su inequívoca voluntad de que se le adjudique el contrato, más aun cuando con carácter previo a la resolución impugnada aporta el certificado expedido por la Administración Tributaria de la Junta de Andalucía correspondiente a la empresa 7ITRIA, S.A., no procediendo, en consecuencia, su exclusión del procedimiento y por ende la imposición de las penalidades previstas en el pliego.

Por lo expuesto, considera la actuación del órgano de contratación incongruente y carente de motivación, así como excesivamente rigorista e ineficiente y contraria al interés público que persigue la presente licitación.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe al recurso remitido, manifiesta que tanto el pliego como el requerimiento de documentación previa efectuado a la UTE recurrente, son claros en la determinación de la documentación a presentar respecto al cumplimiento de las obligaciones tributarias, no siendo correcta la documentación aportada por la entidad 7ITRIA, S.A. acreditativa de dicho extremo en el plazo concedido para ello.

Respecto a la posible subsanación de la documentación presentada, considera que no procede por cuanto no estamos ante una falta de acreditación del requisito sino ante una falta de cumplimiento del requisito exigido, por lo que el defecto observado es insubsanable.

Asimismo, manifiesta que para que la oferta sea admisible, debe presentarse

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	14/11/2018	PÁGINA 10/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm5890G30LAED-Ij-t5a3gMB7IG	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

toda la documentación en tiempo y forma, por lo tanto entiende que la actuación de la mesa de contratación fue correcta al no admitir la documentación presentada por la UTE recurrente mediante escrito de fecha 27 de junio de 2018 -expirado el plazo concedido para su aportación con carácter previo a la adjudicación- pues lo contrario supondría ir en contra de lo estipulado en los pliegos.

Por último, considera que entendiendo que la recurrente ha retirado injustificadamente su proposición antes de la adjudicación, procede la imposición de las penalidades previstas en el pliego para dicho supuesto.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión controvertida que se circunscribe a determinar si fue adecuada la exclusión de la oferta de la UTE AULA DE OCIO - 7ITRIA y la consecuente declaración de desierto de los lotes 48, 67, 129, 135 y 136, por entender que esta había retirado su oferta, como consecuencia de no haber aportado la documentación exigida en virtud del requerimiento efectuado por el órgano de contratación.

En el caso que nos ocupa, debe acudirse en primer término a lo dispuesto en el PCAP, el cual en su cláusula 10.6 "*Documentación previa a la adjudicación*" establece que " *El órgano de contratación requerirá a la persona licitadora 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 documentación que se detalla a continuación* (...).
c) Obligaciones Tributarias.
- Certificación positiva, expedida por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o declaración responsable de no estar obligado a presentarlas. (...)
- Certificación positiva, expedida por la Administración Tributaria de la Junta de Andalucía justificativa de la inexistencia con la Administración Autonómica de deudas de naturaleza tributaria en período ejecutivo o, en el caso de contribuyentes

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	14/11/2018	PÁGINA 11/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm5890G30LAED-Ij-t5a3gMB7IG	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

contra los que no proceda la utilización de la vía de apremio, deudas no atendidas en período voluntario. (...)

La falta de aportación de la documentación referida en las letras c), d), e) y f) en el plazo concedido se considerará retirada injustificada de la proposición por la persona licitadora, lo que supondrá su exclusión del procedimiento de adjudicación y la incautación de la garantía provisional que, en su caso, se hubiese constituido o, en caso de que no se hubiera constituido, el abono por parte de la misma de la penalidad establecida en el ANEXO I, que no podrá ser superior al 3 por 100 del presupuesto de licitación. Procediéndose a recabar la documentación previa a la adjudicación a la persona licitadora siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas y así se procederá sucesivamente hasta que se presente correctamente la documentación exigida. En cualquier caso, dicha circunstancia deberá recogerse en la resolución de adjudicación.(...)"

Pues bien, como es sabido, el artículo 54.1 del TRLCSP establece que *"solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional"*, siendo así que el artículo 60.1.d) dispone que *"no podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: (...) d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes en los términos que reglamentariamente se determinen".*

Por su parte, el artículo 146.1.c) del TRLCSP señala que las proposiciones en el procedimiento abierto deberán ir acompañadas de *"una declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar", que "incluirá la manifestación de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, sin perjuicio de que la justificación acreditativa de tal requisito deba*

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	14/11/2018	PÁGINA 12/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm5890G30LAED-Ij-t5a3gMB7IG	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

presentarse, antes de la adjudicación, por el empresario a cuyo favor se vaya a efectuar ésta".

Esta última previsión es desarrollada en el artículo 151.2 TRLCSP, en el que se establece que *"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 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 que sea procedente",* añadiendo luego que *"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".*

Pues bien, de conformidad con los preceptos citados y el PCAP que rige la presente licitación las empresas integrantes de la UTE AULA DE OCIO - 7ITRIA, aportaron con ocasión de la presentación del sobre nº1 -documentación acreditativa de los requisitos previos- declaración responsable sobre el cumplimiento de los requisitos previos, conforme al anexo III-A donde declaran, entre otros extremos, estar al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.

Posteriormente, la citada UTE, una vez determinado que es la oferta económicamente más ventajosa respecto a los lotes 48, 67, 129, 133, 135 y 136, aporta con ocasión del requerimiento de la documentación previa a la adjudicación realizado por el órgano de contratación, tal y como consta en el expediente remitido, y en lo que aquí interesa, certificado positivo expedido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria respecto de cada una de las

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	14/11/2018	PÁGINA 13/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm5890G30LAED-Ij-t5a3gMB7IG	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

empresas integrantes de la misma, así como certificado positivo expedido por la Agencia Tributaria de Andalucía respecto de la entidad AULA DE OCIO, S.L. y certificado positivo de la Agencia Tributaria de Cataluña respecto de la entidad 7ITRIA, S.A.. Por tanto, de conformidad con lo dispuesto en la citada cláusula 10.6 del PCAP, este último certificado no es correcto.

Así, una vez sentado lo anterior, procede analizar a continuación si el órgano de contratación debió, como manifiesta la recurrente concederle la posibilidad de subsanar la documentación presentada.

La presente cuestión ha sido analizada por este Tribunal en la reciente Resolución 279/2018, de 10 de octubre, en la que con invocación de los principios antiformalista y de proporcionalidad, estima que procede conceder a la licitadora propuesta como adjudicataria en determinados supuestos, un plazo para la subsanación de la documentación presentada, siendo la exclusión de las licitadoras por defectos de los documentos administrativos una medida excepcional, que debe ser aplicada de forma estricta dado su carácter restrictivo de la concurrencia, máxime cuando dicha exclusión, como en el presente supuesto, afecta a la proposición de la licitadora que presenta la oferta económicamente más ventajosa.

En este sentido, el principio de proporcionalidad citado, reconocido por la jurisprudencia europea (Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, asunto T-195/08), y elevado a rango de principio de la contratación en los artículos 18 de la Directiva 2014/24/UE y 132 de la nueva LCSP, exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	14/11/2018	PÁGINA 14/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm5890G30LAED-Ij-t5a3gMB7IG	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Por otra parte, atendiendo a la literalidad del artículo 151.2 del TRLCSP, este no prevé nada al respecto, ni autoriza ni prohíbe la subsanación de los defectos, errores u omisiones cometidos en la cumplimentación del requerimiento en el plazo concedido para ello.

No obstante lo anterior, debemos señalar que respecto a la documentación acreditativa de los requisitos previos aportada con ocasión del sobre nº1 -documentación administrativa- cuando su aportación se sustituye por una declaración responsable o por el DEUC (Documento Europeo Único de Contratación), como ocurre en el supuesto examinado, se permite la posibilidad de subsanar la misma con ocasión de su aportación por la licitadora propuesta adjudicataria con carácter previo a la adjudicación, por lo tanto, procede hacer extensiva dicha posibilidad a la documentación exigida con carácter previo a la adjudicación, por cuanto es en ese mismo momento cuando se aporta la misma y se procede a su calificación, siendo con ocasión de su presentación cuando se pueden apreciar los defectos subsanables en su caso, y sin que haya razón o justificación alguna para que se otorgue plazo de subsanación en el primer caso y no en este segundo.

Asimismo, el citado artículo 151.2 del TRLCSP, hace referencia a la no cumplimentación adecuada del requerimiento en el plazo señalado, como requisito para entender que el licitador ha retirado injustificadamente su oferta. En este sentido, dicho precepto exige que exista un comportamiento inequívocamente incumplidor de lo requerido, que evidencie que efectivamente la licitadora propuesta quiere retirar su oferta, equiparándose la retirada de la oferta en el artículo 62 del RGLCAP a la no constitución de la garantía definitiva o la no formalización del contrato en plazo, constituyendo ambos supuestos situaciones de incumplimientos totales de obligaciones y de gravedad suficiente para proceder a la incautación y ejecución de la garantía provisional.

En el presente supuesto, de la documentación obrante en el expediente se constata que el requerimiento realizado a la recurrente respecto al

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	14/11/2018	PÁGINA 15/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm5890G30LAED-Ij-t5a3gMB7IG	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

cumplimiento de las obligaciones tributarias ha sido cumplimentado por esta. No obstante, dicho cumplimiento se ha realizado de forma incompleta, por lo que no cabe considerar que no ha cumplido con dicho trámite, más aun cuando ha aportado la documentación solicitada con carácter previo a la resolución impugnada.

En consecuencia, la actuación de la entidad recurrente evidencia su deseo de no retirar su oferta y de resultar adjudicataria de los lotes para los que fue propuesta, por lo que en el supuesto examinado no procede acordar su exclusión de forma automática, sin concederle previamente la posibilidad de subsanar la documentación aportada.

Asimismo, debemos señalar que el criterio establecido por este Tribunal, es seguido en la actualidad por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales pronunciándose en este sentido, entre otras, en sus Resoluciones 439/2018, de 27 de abril, 582/2018, de 12 de junio y 747/2018, de 31 de julio . Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias, en su Recomendación 2/2018, se ha pronunciado respecto a la inclusión en la redacción de los distintos pliegos de un plazo para subsanar los defectos de que adolezca la documentación presentada por el licitador propuesto como adjudicatario.

Por último, habiendo estimado la pretensión de la recurrente respecto a la procedencia de la subsanación de la documentación aportada no procede emitir un pronunciamiento sobre el resto de alegaciones formuladas por las partes.

Por todo lo expuesto, procede anular la Resolución de 3 de julio de 2018,de declaración de desierto de los lotes 48, 67, 129, 133, 135 y 136, y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la exclusión de la UTE AULA DE OCIO - 7ITRIA, para que se conceda el correspondiente trámite de subsanación. No obstante, por razones de economía procesal, si a la vista de la documentación aportada con posterioridad el órgano de contratación considera

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	14/11/2018	PÁGINA 16/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm5890G30LAED-Ij-t5a3gMB7IG	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

que la misma cumple los requisitos previstos en el pliego para acreditar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, se proceda por el órgano de contratación, en su caso, a la adjudicación de los lotes citados a la UTE AULA DE OCIO – 7ITRIA.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE AULA DE OCIO, S.L. - 7ITRIA, S.A.** contra la Resolución de adjudicación de 4 de julio de 2018 y la Resolución de 3 de julio de 2018, por la que se declaran desiertos los lotes 48,67,129,133,135 y 136, dictadas por la Dirección General de la Agencia Pública Andaluza de Educación, en relación al contrato denominado *"Concesión de servicio público de Aula Matinal en los Centros Docentes públicos, dependientes de la Consejería de Educación"* (Expte. 00375/ISE/2017/SC), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, y en consecuencia, anular la Resolución de 3 de julio de 2018, por la que se declaran desiertos los lotes 48, 67, 129, 133, 135 y 136, con retroacción del procedimiento al momento anterior a la exclusión de la citada UTE, para que se proceda en los términos expuestos en la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, acordada por este Tribunal mediante Resolución de 3 de agosto de 2018.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	14/11/2018	PÁGINA 17/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm5890G30LAED-Ij-t5a3gMB7IG	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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

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

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	14/11/2018	PÁGINA 18/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm5890G30LAED-Ij-t5a3gMB7IG	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	