

Recurso 256/2019

Resolución 12/2020

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

Sevilla, 23 de enero de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **OPTIMIZED PLANNING & STRATEGY, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 20 de mayo de 2019, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de realización de acciones de información y comunicación de la subvención global de competitividad-innovación-empleo de Andalucía” (Expte. 2/2018-CO-SA), respecto del Lote 1, convocado por la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA), ente instrumental adscrito a la actual Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 3 de marzo de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado, el 4 de marzo de 2018, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y, el 23 de marzo de 2018, en el Boletín Oficial del Estado núm. 72.



El valor estimado del contrato asciende a 2.291.553,87 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 de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la citada LCSP.

TERCERO. Por la mesa de contratación, en sesión celebrada el 20 de mayo de 2019, se toma el acuerdo de excluir la oferta de la entidad OPTIMIZED PLANNING & STRATEGY, S.L. (en adelante OPS).

Dicha entidad, el 25 de junio de 2019 presenta en el registro de la Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local escrito de recurso especial en materia de contratación contra el citado acuerdo de la mesa de contratación de exclusión de su oferta, que tuvo entrada en el registro de este Tribunal el 27 de junio.

CUARTO. Por la Secretaría de este Órgano, el 28 de junio de 2019, se le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y se le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, dándose cumplimiento a lo solicitado el 8 de julio de 2019.

QUINTO. El 1 de agosto de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, sin que se hayan presentado.



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. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos 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 de servicios cuyo valor estimado asciende a 2.291.553,87 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador y el objeto del recurso es el acuerdo de exclusión de la oferta adoptado por la mesa de contratación, por lo que el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1. a) y 2. b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) 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:*

c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.

En el supuesto analizado, el contenido del acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación fue notificado a la recurrente el 4 de junio de 2019, por lo que el recurso especial que tuvo entrada en el registro de este Tribunal el 26 de junio de 2019 se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado.



QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

Como se ha expuesto, la oferta de la recurrente fue excluida por la mesa de contratación en sesión celebrada el 20 de mayo de 2019, al no haber sido presentado en plazo la documentación previa a la adjudicación prevista en la cláusula 10.7.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares que le fue requerida por acuerdo de 22 de abril de 2019: los certificados de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la seguridad social, de estar inscrito en el censo sobre actividades económicas a los efectos del Impuesto sobre Actividades Económicas, así como la constitución de la garantía definitiva.

La entidad recurrente, sin negar la falta de presentación de dicha documentación en plazo, sostiene en esencia que ya fue aportada en su día, estando vigente en aquel momento, invocando el artículo 28.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en cuya virtud los interesados tienen derecho a no aportar documentos que ya se encuentran en poder de la Administración actuante. Alega igualmente que la garantía se encuentra en posesión de la Caja de Depósitos de la Delegación Provincial de la Consejería, no habiendo sido devuelta a la licitadora ni a la avalista. Adicionalmente alega que la caducidad de los certificados aportados en su día no le es imputable, correspondiendo a la mala gestión de la mesa y al retraso en el fallo de este Tribunal por el exceso de trabajo. Alega igualmente que carece de sentido que la licitadora o la avalista tuvieran que presentar nuevamente la garantía, ya que esta sigue en poder de la Administración. Por todo ello solicita la anulación del acuerdo de exclusión, que se retrotraigan las actuaciones y prosiga el procedimiento de adjudicación.

El órgano de contratación en su informe al recurso se opone en los términos que figuran en el expediente y que se expondrán en el siguiente fundamento de derecho.

SEXTO. Procede pues analizar la controversia para determinar si fue ajustada a Derecho la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente.

En este sentido, antes que nada conviene recordar que mediante Resolución 52/2019, de 1 de marzo, este Tribunal estimó un recurso presentado por la recurrente contra un acuerdo de exclusión. En dicha



resolución se anuló el acuerdo de la mesa de contratación, de 14 de septiembre de 2018, por el que se excluyó la oferta de la recurrente, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a su dictado, para que por la mesa de contratación se le solicitara aclaración o documentación complementaria, ex artículo 82 del TRLCSP.

En ejecución de esta Resolución, mediante resolución de 10 de abril de 2019 del Director General de IDEA se acuerda:

“PRIMERO.- Dar cumplimiento en sus propios términos a lo dispuesto en la Resolución 52/2019 del TARCJA por la que estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad OPTIMIZED PLANNING & STRATEGY, S.L, acordando las siguientes actuaciones:

a) Retrotraer las actuaciones al momento anterior del acuerdo de la Mesa de contratación, de 14 de septiembre de 2018, por el que se excluye su oferta de la recurrente (sic) en el procedimiento licitación, ordenando la constitución de la Mesa, a que ésta solicite OPTIMIZED PLANNING & STRATEGY, S.L la aclaración o la documentación complementaria, en los términos expuestos en la Resolución 52/2019 y una vez esto se continúe con el procedimiento.”.

En cumplimiento de dicha Resolución la mesa acuerda, en lo que ahora interesa, y tal como se refleja en el acta de la sesión de 22 abril de 2019:

“Así mismo, y una vez analizado la documentación de la licitadora obrante en el expediente, se comprueba que respecto a la documentación exigida y aportada por el licitador conforme a la cláusula 10.7.2 del PCAP “Documentación previa a la adjudicación”, las certificaciones expedidas a los efectos de acreditar estar al corriente de las Obligaciones Tributarias y de Seguridad Social fueron expedidas transcurridos ya 6 meses, por tanto, no se encuentran vigentes, dado que de conformidad con lo establecido en el artículo 16.3 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, la certificaciones tendrán validez durante el plazo de seis meses a contar desde la fecha de expedición.

En este sentido, los miembros de la Mesa de contratación acuerdan requerir a la citada licitadora, para que presente dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el citado requerimiento, la siguiente documentación:



10.7.2 Documentación previa a la adjudicación:

i. 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. Esta certificación podrá obtenerse en la forma establecida en el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

- 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 contra los que no proceda la utilización de la vía de apremio, deudas no atendidas en período voluntario. Esta certificación podrá ser solicitada y expedida por medios electrónicos en los términos establecidos en el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos a través de la página web de la Junta de Andalucía indicada en el Anexo I.

ii. Obligaciones con la Seguridad Social.

Certificación positiva, expedida por la Tesorería Territorial de la Seguridad Social, de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, o declaración responsable de no estar presentarlas.

iii. Impuesto sobre Actividades Económicas.

Carta de pago del último ejercicio del Impuesto de Actividades Económicas, a la que se acompañará una declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del citado impuesto.

iv. Garantía definitiva.

Resguardo acreditativo de la constitución, en cualquiera de las Cajas Provinciales de Depósitos de la Consejería competente en materia de Hacienda de la Junta de Andalucía, de una garantía de un 5% del importe máximo del contrato, fijado en el Anexo I del PCAP".

En el acta de 20 de mayo de 2019 se recoge:

"En concreto, la fecha de expedición de cada uno de los certificados son las siguientes fechas de expedición:

1.- Obligaciones Tributarias.



- *Certificación positiva, expedida por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, se expide con fecha 5 de septiembre de 2018 con número de referencia: 20185790275.*

- *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, expedido con fecha 3 de septiembre de 2018 con número de referencia: C021012359711.*

2.-. Obligaciones con la Seguridad Social.

- *Certificación positiva, expedida por la Tesorería Territorial de la Seguridad Social, de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, expedido con fecha 22 de mayo de 2018, con número de referencia:68CWL8EOSX.*

iii. Impuesto sobre Actividades Económicas.

- *Certificado de censo de Actividades económicas de la AEAT correspondiente al ejercicio de 2018, acompañado de la carta del último ejercicio 2017, siendo la fecha de emisión 7 de agosto de 2018.*

iv. Garantía definitiva.

- *Con fecha 12 de noviembre de 2018 el órgano de contratación acordó la cancelación de la garantía definitiva constituida por OPTIMIZED PLANNING & STRATEGY, S.L para el Lote nº 1, del expediente 2/2018-CO-SA, tras su exclusión del procedimiento por Resolución del Director General de esta Agencia el 25 de septiembre de 2018.*

La citada garantía fue constituida mediante aval, prestado por la entidad avalista Avante Comunicación, S.L., y depositado en la Caja de Depósitos de la Delegación Provincial de la Consejería de Economía, Hacienda y Administración Pública en Sevilla, por importe de SESENTA Y SEIS MIL CIENTO QUINCE EUROS CON SETENTA CÉNTIMOS (66.115,70 €), equivalente al 5% del importe de adjudicación, IVA excluido, cuyos datos son los siguientes:

o RUE: CAJAMET EH4101 2018 404 F. Aper.:16/08/2018

o Doc. del expediente: 801 2 500492936

o Imp. garant./depos. (Euros): 66.115,70

o Org., disposición de: AGENCIA DE INNOVACIÓN Y DESARROLLO DE ANDALUCIA

Comunicando la citada Resolución a la Caja General de Depósitos de la Consejería de Economía, Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía para que procediera a la cancelación de la garantía definitiva, y notificándose la presente resolución a la licitadora través del Sistema de Notificación Electrónica



Notific@, al haber presentado la licitadora autorización para que se emplease, como medio de notificación preferente, la notificación electrónica, comprobándose que, según consta en el informe emitido por Notific@, el citado requerimiento había sido enviado el día 12 de noviembre de 2018 a las 16:53 horas. En este sentido, los miembros de la Mesa de contratación acordaron requerir a la citada licitadora, para que presentara dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubieran recibido el citado requerimiento, la documentación previa a la adjudicación de conformidad con la cláusula 10.7 del PCAP.”.

En el presente recurso ha de partirse de que el motivo de exclusión fue la falta de presentación en plazo de la documentación requerida reseñada, hecho que no es objeto de discusión en el recurso, que se centra en la innecesariedad de presentar dicha documentación, pues, señala la entidad recurrente, ya fue aportada en su día.

En consecuencia, delimitada de esta forma la controversia, debemos comenzar exponiendo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54 del TRLCSP, norma aplicable a la presente licitación:

“Artículo 54. Condiciones de aptitud.

1. Sólo 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 o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.”,

El artículo 60.1.d) del TRLCSP establece como prohibición para contratar 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 añadiendo el artículo 61 1 que esta prohibición se apreciará directamente por los órganos de contratación, subsistiendo mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan.

Finalmente el artículo artículo 32 del TRLCSP establece como causa de nulidad de derecho administrativo de los contratos el estar incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 60.



En cuanto al momento en el que ha de apreciarse la concurrencia de la causa de prohibición para contratar, el artículo 151.2 del TRLCSP establece:

«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 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. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

(...)

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».

Este precepto contempla tanto el momento en que ha de acreditarse el estar al corriente de las obligaciones tributarias y de seguridad social y la constitución del garantía definitiva, como las consecuencias que tiene no cumplimentar adecuadamente el requerimiento.

Por su parte el artículo 16.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establece un plazo de validez de las certificaciones de seis meses a contar desde la fecha de expedición.

El PCAP en su cláusula 10.7.2. regula la presentación de la documentación previa a la adjudicación, en sus distintos apartados relativos a las obligaciones tributarias, obligaciones con la Seguridad Social, Impuesto sobre Actividades Económicas y garantía definitiva.

La cláusula 10.8 establece:



“ 10.8 Análisis de la documentación y adjudicación del contrato.

Recibida la documentación señalada, la persona responsable del registro de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía emitirá el correspondiente certificado en el que conste la fecha de recepción de la documentación o, en su caso, la falta de recepción de la misma que será trasladado, junto con la documentación, a la Secretaría de la Mesa de Contratación.

La Mesa de Contratación se reunirá para analizar la documentación presentada. Si apreciase errores u omisiones subsanables lo comunicará verbalmente o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los interesados y lo hará público a través del perfil de contratante del órgano de contratación, concediendo un plazo no superior a tres días hábiles para que la persona licitadora los corrija o subsane ante la propia Mesa de Contratación, teniendo en cuenta que el momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos será el de la finalización del plazo de presentación de las proposiciones.

La ausencia de presentación de la documentación implicará, al igual que la falta de subsanación, la exclusión del procedimiento de contratación. La Mesa de Contratación propondrá la designación como oferta económicamente más ventajosa a la siguiente clasificada en los términos contenidos en la cláusula 10.6 del Pliego, y por orden del órgano de contratación le requerirá la presentación de la documentación contenida en la cláusula 10.7 de este Pliego.

En caso de ausencia de presentación se entenderá, conforme a lo dispuesto en el artículo 151.2 del TRLCSP, que la persona licitadora ha retirado su oferta injustificadamente y procediendo, en caso de haberse exigido, a la imposición de una penalización, según lo dispuesto en el Anexo I.”

Partiendo de esta normativa y del PCAP, resulta claro que el momento en que han de aportarse las certificaciones de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la seguridad social, el justificante de estar dado de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas y al corriente en el pago del mismo, así como el documento acreditativo de haber constituido la garantía definitiva, es inmediatamente antes de la adjudicación del contrato. Estos preceptos responden, por lo que se refiere a los certificados, a la finalidad de garantizar que en ese momento final no existen deudas de naturaleza tributaria o de seguridad social que puedan comprometer la ejecución del contrato. Así lo hemos señalado en nuestra Resolución 18/2017, de 27 de enero:



“De lo expuesto cabe concluir que el requisito de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social debe cumplirse desde el momento de presentar las proposiciones hasta el momento de la adjudicación, y durante la vigencia del contrato, procediendo su acreditación en una fecha inmediatamente anterior a la adjudicación.

En este mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC), entre otras en su Resolución 564/2014, de 24 de julio, citando a su vez los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 39/01 y 28/02, de 13 de noviembre de 2001 y 23 de octubre de 2002, respectivamente. En tal sentido, señala que *“el requisito de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social debe cumplirse desde el momento de presentar las proposiciones (...), y hasta el momento de la adjudicación, procediendo su acreditación en una fecha inmediata anterior a la misma”*.

La nueva LCSP lo refleja de forma más clara cuando establece en su artículo 140.4 que las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato.

En cuanto a la garantía definitiva su aportación en este momento previo a la adjudicación se fundamenta en las responsabilidades a las que se encuentra afecta en virtud de lo dispuesto en el artículo 100 del TRLCSP y a la lógica del procedimiento de licitación, durante el cual lo que cabe es que el PCAP exija la constitución de una garantía provisional que responda del mantenimiento de las ofertas durante dicho procedimiento.

Partiendo de este régimen jurídico, y pasando al caso que nos ocupa, resulta que como consecuencia del primer recurso interpuesto y su posterior resolución por este Tribunal, se han producido una serie de incidencias que han originado una nueva exclusión. Comenzando por los certificados tanto de estar al corriente de las obligaciones tributarias como con la seguridad social, los aportados inicialmente carecían ya de validez en el momento previo a la adjudicación, por lo que la mesa requirió a la recurrente la aportación de nuevos certificados. La entidad recurrente invoca en defensa de su pretensión el artículo 28.2 de la Ley 39/2015, que establece que los interesados tienen derecho a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante. En el presente caso consideramos que ese



precepto no resulta de aplicación ya que, al margen de ser una norma general que ha de ceder ante la norma especial en materia de contratación, el problema estriba en que los certificados aportados en su día, como hemos dicho, carecen de validez en el momento en que se va a proceder a la adjudicación del contrato. Y ello al margen de que ese momento se haya retrasado. En efecto, como hemos señalado, es en el momento previo a la adjudicación cuando deben aportarse los certificados acreditativos de estar al corriente de las obligaciones tributarias y de seguridad social, por los motivos antes expuestos, de forma que el TRLCSP configura como prohibición para contratar no estar al corriente de dichas obligaciones. Téngase en cuenta que la perfección del contrato, es decir, cuando surge a la vida jurídica, en el caso de los contratos de los poderes adjudicadores tiene lugar con su formalización (artículo 27.1 del TRLCSP), la cual debe realizarse no antes de quince días hábiles desde que se remita la notificación de adjudicación (artículo 156.3 del TRLCSP para los contratos en los que cabe recurso especial). De esta forma, es en esa fase final del procedimiento de licitación cuando ha de acreditarse el estar al corriente de las obligaciones señaladas, so pena de que, si se adjudica el contrato a un licitador que no lo está, el contrato sea inválido, configurando el artículo 32 del TRLCSP como causa de nulidad de pleno derecho la adjudicación del contrato a quien está incurso en una prohibición de contratar, como es la de no estar al corriente de las señaladas obligaciones. Con ello el TRLCSP establece el más grave reproche a la ilegalidad de un acto.

Análogas consideraciones cabría hacer en relación con la documentación relacionada con el Impuesto sobre actividades económicas.

Respecto a la falta de constitución de la garantía definitiva, la entidad recurrente alega que se encuentra en posesión de la Caja de Depósitos, por lo que no tendría que volverla a constituir. Señala el informe al recurso que mediante Resolución del órgano de contratación de la Agencia de fecha 12 de noviembre de 2018, se canceló la garantía definitiva constituida por OPTIMIZED PLANNING & STRATEGY, S.L., tras determinar su exclusión por la mesa de contratación. Dicha resolución, junto con la garantía, se notificó a la Caja de Depósitos de Sevilla para que procediese a su cancelación. Asimismo, se notificó la Resolución a OPTIMIZED PLANNING & STRATEGY, S.L. el mismo día 12 de noviembre de 2018. Por tanto, señala el informe, que si bien la garantía definitiva puede estar en posesión de la citada Caja, IDEA no puede tener ningún derecho sobre la misma tras haberla cancelado, pues la alegación de que no ha sido devuelta a la licitadora es totalmente ajena a la Agencia.



Efectivamente, en el expediente remitido a este Tribunal consta la citada resolución de cancelación de la garantía, así como su notificación a la licitadora y su comunicación a la Caja de Depósitos. Pues bien, una vez canceladas las garantías el órgano de contratación carece de cualquier poder de disposición sobre la misma, por lo que en el supuesto de que sea necesario constituiría de nuevo es preciso un acto de la entidad que va a resultar adjudicataria del contrato. No puede admitirse que el hecho de que dicha garantía cancelada siga en posesión de la Caja de Depósitos equivalga a la continuidad de su constitución. Debemos añadir que ni siquiera durante el plazo de diez días en el que debía darse cumplimiento al requerimiento la entidad recurrente puso de manifiesto el que la garantía seguía depositada, de manera que nos encontramos ante un incumplimiento.

Respecto a la alegación de la recurrente de que la caducidad de los certificados presentados no es achacable a OPS, sino a la mala gestión de la mesa y al retraso de este Tribunal en dictar su Resolución sobre el primer recurso, convenimos con el órgano de contratación en que esa circunstancia no afecta a la exigibilidad de los certificados actualizados, a lo cabe añadir que el primer recurso tuvo su origen en la exclusión del licitador por no haber presentado adecuadamente determinada documentación conforme exigía el PCAP.

Por último, queda pronunciarnos sobre la solicitud del órgano de contratación de imposición de multa por mala fe o temeridad, solicitud que se realiza en términos generales y abstractos y recordando la doctrina que venimos manteniendo en nuestras resoluciones (v.g Resolución 64/2018, de 8 de marzo), con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de octubre de 1991, dictada en el recurso n.º 2136/1989), según la cual *“Se considera que un sujeto actúa de mala fe en un proceso, a efectos de la imposición de costas, cuando conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria, o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia, propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene”*.

Pues bien, éste Tribunal atendiendo a los términos en los que aparece formulada la solicitud, así como a las particulares circunstancias de la licitación del presente contrato, considera que no concurren los requisitos para la imposición de la multa.



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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **OPTIMIZED PLANNING & STRATEGY, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 20 de mayo de 2019, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de realización de acciones de información y comunicación de la subvención global de competitividad-innovación-empleo de Andalucía” (Expte. 2/2018-CO-SA), respecto del Lote 1, convocado por la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA), ente instrumental adscrito a la actual Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas 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.

