

Recurso 37/2021

Resolución 264/2021

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

Sevilla, 1 de julio de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE INTERVENCIÓN SOCIAL “OS ZAGALES”** contra el acuerdo de la mesa de contratación de 11 de enero de 2021, por el que se la excluye del procedimiento de adjudicación de los lotes 2 y 14 del contrato denominado “Servicio de Aula Matinal en los Centros Docentes Públicos dependientes de la Consejería de Educación y Deporte” (Expte. 00121/ISE/2020/SC), convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, ente adscrito a la Consejería de Educación y Deporte, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 junio de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y 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, con un valor estimado de 2.467.080 euros. Entre las empresas que presentaron proposiciones en el procedimiento, respecto a los lotes 2 y 14, se encontraba la recurrente.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás



disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

La mesa de contratación en sesión celebrada el 11 de enero de 2021, acuerda excluir a la ASOCIACIÓN DE INTERVENCIÓN SOCIAL “OS ZAGALES” (en adelante OS ZAGALES) del procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, respecto a los lotes 2 y 14, al no haber acreditado la solvencia económica en los términos exigidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP). Este acuerdo se notificó a la entidad recurrente en la misma fecha de 11 de enero de 2021.

SEGUNDO. El 29 de enero de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad OS ZAGALES contra el citado acuerdo de la mesa de contratación de 11 de enero de 2021, respecto a los lotes 2 y 14. En su escrito de recurso, la recurrente solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

Posteriormente, el mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación el 29 de enero de 2021, solicitando el informe al mismo, las alegaciones sobre la medida cautelar de suspensión instada por la asociación recurrente, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 4 de febrero de 2021.

Por Resolución, de 12 de febrero de 2021, este Tribunal acuerda adoptar la medida cautelar solicitada de suspensión del procedimiento de adjudicación del citado contrato de servicios, respecto de los lotes 2 y 14.

Con fecha 24 de febrero de 2021, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas; habiéndolas presentado dentro de plazo, la mercantil EULEN, S.A. (en adelante EULEN), actual adjudicataria del lote 2.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.



SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora, respecto de los lotes 2 y 14, en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. En el presente supuesto el recurso se interpone contra el acuerdo de exclusión, acto de trámite cualificado, de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, el acuerdo de la mesa de contratación de 11 de enero de 2021 por el que se excluye a la entidad recurrente del procedimiento de adjudicación, le fue notificado a ésta con la misma fecha de 11 de enero, por lo que el recurso presentado el 29 de enero de 2021 en el Registro electrónico de este Tribunal se interpuso dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

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

La mesa de contratación, en su sesión de 11 de enero de 2021, procede a la comprobación de la subsanación de la documentación acreditativa de la capacidad y la solvencia requerida a las empresas propuestas como adjudicatarias, y acuerda en relación a la asociación recurrente su exclusión respecto a los lotes 2 y 14 del contrato .

En cumplimiento del acuerdo de la mesa de contratación y mediante comunicación realizada por el Secretario de la misma, se notificó la exclusión a la asociación OS ZAGALES, constando la siguiente motivación: *“De conformidad con el PCAP la solvencia económica y financiera se acredita por medio de las cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Oficial correspondiente en el que deba estar inscrito, no aportando el medio establecido en el PCAP”.*



La recurrente se alza contra el citado acuerdo de exclusión en base a los motivos que a continuación se transcriben:

“Siendo la Asociación, un operador jurídico-económico apto para la contratación pública, la mesa de contratación no puede limitar indirectamente esa capacidad en el momento de la acreditación de la solvencia económica y financiera no porque esta no la cumpla (circunstancia que no entra a valorar) sino porque la misma no se acredita a través de los elementos señalados en el pliego (certificaciones registrales o legalización de libros) sin advertir que dichos formalismos no pueden darse en las entidades asociativas.

(...)

La Ley de Asociaciones no impone como deber alguno la publicidad de las cuentas a “Os Zagales” por cuanto ese deber únicamente se impone conforme a la norma asociativa para las asociaciones que tienen la consideración de “utilidad pública”.

De esto modo la exigencia impuesta por la Mesa de que la “solvencia económica y financiera” se acredite (únicamente) por medio de las cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Oficial correspondiente en el que deba estar inscrito, sin que se permita la acreditación por otros medios, limita injustificadamente la competencia al exigir un registro o depósito que la norma asociativa no exige imposibilitando de este modo la contratación.

Por lo tanto, existiendo como existe una razón válida que acredita la imposibilidad de que la Asociación que representamos acredite el depósito de cuentas o la legalización de los libros contables, por cuanto dicha circunstancia, como se ha señalado a la Mesa de Contratación no es exigible para ese operador económico, no existe vulneración de la normativa contractual por la acreditación de solvencia a través de otros medios válidos en Derecho, en este caso, la aportación de la Autoliquidación del Impuesto de Sociedades de 2019, cuando, dicho elemento precisamente acredita el cumplimiento de los requisitos cuantitativos exigidos para la contratación.

Por ello, la actuación de la Mesa de Contratación excluyendo a la Asociación de Intervención Social “Os Zagales” resulta contraria a Derecho y debe ser objeto de anulación por vulneración del artículo 86.1 in fine de la Ley de Contratos del Sector Público”.

Por último la recurrente alega que ha resultado adjudicataria de contratos de servicios idénticos al que ahora recurre y adjudicados por el mismo órgano de contratación y en los que la solvencia económica y financiera fue acreditada mediante la presentación de la liquidación del Impuesto de Sociedades. Por lo que considera contrario al principio de confianza legítima y al de actos propios, que el mismo órgano de



contratación no permita ahora la acreditación de la solvencia sin que haya existido cambio alguno que así lo justifique.

Por todo ello solicita la anulación de la exclusión de su oferta y que se acuerde la validez de la acreditación de la solvencia económica y financiera presentada.

Por su parte, el órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, emite su informe en el que rebate la argumentación expuesta invocando al efecto el contenido del PCAP. Argumenta que la recurrente no aportó la documentación conforme a las previsiones del Anexo XV del PCAP, que exige no sólo la acreditación económica o numérica del requisito de volumen de negocio y del patrimonio neto, sino también que esa acreditación sea fehaciente y comprobable en términos de máxima seguridad jurídica para la Administración, de ahí la exigencia del depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial.

Insiste el órgano de contratación en su informe en que los términos del PCAP eran claros e inequívocos, al igual que lo fue el requerimiento de subsanación efectuado a la recurrente, por lo que considera que con independencia de que la norma asociativa no exija la aprobación y depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil o en el Registro oficial, lo cierto es que el PCAP lo exigía, extremo este que fue aceptado por la recurrente al presentar su oferta en el procedimiento de licitación. Cita al respecto la doctrina de este Tribunal acerca de la cualidad de *lex contractus* de los pliegos, una vez que adquieren firmeza.

Por su parte la entidad EULEN se opone al recurso en los términos que constan en el expediente.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes conviene traer a colación lo dispuesto en el artículo 60 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/C:

“Artículo 60 Medios de prueba

3. Por regla general, la solvencia económica y financiera del operador económico podrá acreditarse mediante una o varias de las referencias que figuran en el anexo XII, parte I.



Quando, por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.”.

Por su parte el artículo 86.1 de la LCSP, se pronuncia en similares términos al establecer:

“Artículo 86. Medios de acreditar la solvencia.

1. La solvencia económica y financiera y técnica o profesional para un contrato se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 87 a 91 de la presente Ley.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo siguiente, para los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada el órgano de contratación, además de los documentos a los que se refiere el párrafo primero, podrá admitir de forma justificada otros medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 87 a 91.

Quando por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.”.

En el PCAP que rige la presente contratación, en el ANEXO XV SOLVENCIA ECONOMICA Y FINANCIERA, se establece en el apartado 2:

“2. La solvencia económica y financiera se acreditará por el medio o los medios que se señalan a continuación:

X *1. Volumen anual de negocios de la persona licitadora, que referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades de la persona licitadora y de presentación de ofertas por importe mínimo equivalente al 40 % del presupuesto de licitación total del contrato (IVA NO INCLUIDO) de los lotes a los que concurra.*

*El volumen anual de negocios de la persona licitadora se acreditará por medio de sus cuentas **aprobadas y depositadas** en el Registro Mercantil (o Registro Oficial correspondiente si el empresario estuviera inscrito en dicho*



registro y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito o, caso de empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil, libros inventarios y cuentas anuales legalizadas por el Registro Mercantil.)

(...)

X 2. *El patrimonio neto según el balance correspondiente al último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobar cuentas de las cuentas anuales aprobadas deberá superar el importe mínimo establecido en la legislación mercantil para no incurrir en causa de disolución.*

El patrimonio neto de la persona licitadora se acreditará por medio de sus cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil (o Registro Oficial correspondiente si el empresario estuviera inscrito en dicho registro y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito o, caso de empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil, libros inventarios y cuentas anuales legalizadas por el Registro Mercantil)."

De las referidas disposiciones del PCAP se deduce, en primer lugar, que los requisitos establecidos en el mismo para acreditar la solvencia económica son el volumen anual de negocios y el patrimonio neto, y la forma de acreditarlo es mediante las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil o Registro Oficial correspondiente.

Y en segundo lugar, que el PCAP no contempla otros documentos que pudieran acreditar dicha solvencia en el caso en el que los operadores económicos por una razón válida no pudieran presentar las referencias establecidas en el PCAP.

Siendo este el marco normativo, la controversia se centra en determinar si la actuación de la mesa ha sido correcta al acordar la exclusión de la asociación OS ZAGALES, o por el contrario y como afirma la recurrente, ha supuesto una vulneración de lo previsto en el párrafo tercero del artículo 86.1 del LCSP, que recordemos establece que: *"Cuando por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado."*

Pues bien, tal y como analizaba este Tribunal en la Resolución 155/2021, de 22 de abril, la correcta aplicación del citado precepto requiere del análisis de tres cuestiones:



“En primer lugar el supuesto de hecho es la existencia de una razón válida, habiéndose considerado como tal tanto por la entidad recurrente como por la mesa, cuestión que no es objeto de controversia, que dicha razón concurre cuando estamos ante una empresa de nueva creación.

En segundo lugar, en la descripción de la consecuencia jurídica el precepto se expresa en términos imperativos (“se le autorizará”), de manera que no estamos ante una facultad discrecional, sino que es necesario otorgar la posibilidad de acreditar la solvencia económica mediante otros documentos. (...).

Y en tercer lugar, que debe autorizarse la presentación de documentos que el poder adjudicador considere apropiados. La consideración de apropiados de los documentos exige una valoración por parte del poder adjudicador. No habiéndose previsto en el PCAP qué documentos serían suficientes para estos supuestos, en principio cabrían pues dos posibilidades. La primera, que los licitadores presenten los documentos que consideren oportunos para que por el poder adjudicador se emita un juicio de suficiencia. Esta opción presenta el inconveniente, entre otros, de que podría dar lugar a varios trámites. Así, al calificar dicha documentación la mesa podría simplemente rechazarla o hacerlo indicando qué documentación consideraría como suficiente o apropiada. La segunda posibilidad es que constatada que una empresa es de nueva creación, sea la mesa la que requiera la presentación de la documentación que considere adecuada a efectos de acreditar la solvencia económica. Pues bien ante la indeterminación del artículo 86.1 párrafo tercero de la LCSP nos inclinamos por esta segunda posibilidad por aplicación del principio de seguridad jurídica, de economía procedimental y de eficacia. Esta misma solución vendría avalada por lo dispuesto en el artículo 86 párrafo primero en cuanto atribuye al órgano de contratación la determinación de los documentos acreditativos de la solvencia económica”.

Por tanto y para que resulte de aplicación el citado precepto en primer lugar hemos de analizar si en el presente supuesto concurre el presupuesto de hecho que lo habilita, es decir, si existe una razón válida que justifique que la asociación OS ZAGALES, no se encuentra en la obligación de presentar sus cuentas anuales en el Registro Mercantil o en el Registro de Asociaciones.

De concurrir tal circunstancia decaería el argumento esgrimido por el órgano de contratación relativo a que la obligación de la licitadora deriva de la aceptación del PCAP, y en consecuencia el citado precepto desplegaría sus efectos.



Al respecto, resulta de interés analizar cuáles son las obligaciones documentales y contables de las asociaciones. Las mismas están establecidas en el artículo 14.1 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, en los siguientes términos:

"1. Las asociaciones han de disponer de una relación actualizada de sus asociados, llevar una contabilidad que permita obtener la imagen fiel del patrimonio, del resultado y de la situación financiera de la entidad así como las actividades realizadas, efectuar un inventario de sus bienes y recoger en un libro las actas de las reuniones de sus órganos de gobierno y representación. Deberán llevar su contabilidad conforme a las normas específicas que les resulten de aplicación.

(...)

3. Las cuentas de la asociación se aprobarán anualmente por la Asamblea General".

El artículo 28 de la misma ley, alude a los actos inscribibles en el Registro de asociaciones y al depósito de documentación estableciendo los asientos obligatorios en la inscripción de las asociaciones y la documentación que necesariamente deberá estar depositada en los Registros. En ningún caso se contempla la necesidad de inscribir o depositar las cuentas anuales de la asociación.

Por otra parte el artículo 34 de la citada ley establece, en relación a las asociaciones declaradas de utilidad pública, lo siguiente:

" Obligaciones de las asociaciones de utilidad pública.

1. Las asociaciones de utilidad pública deberán rendir las cuentas anuales del ejercicio anterior en el plazo de los seis meses siguientes a su finalización, y presentar una memoria descriptiva de las actividades realizadas durante el mismo ante el organismo encargado de verificar su constitución y de efectuar su inscripción en el Registro correspondiente, en el que quedarán depositadas. Dichas cuentas anuales deben expresar la imagen fiel del patrimonio, de los resultados y de la situación financiera, así como el origen, cuantía, destino y aplicación de los ingresos públicos percibidos. Reglamentariamente se determinará en qué circunstancias se deberán someter a auditoría las cuentas anuales".

De lo hasta aquí expuesto cabe concluir, que tal y como afirma la recurrente, la normativa de asociaciones sólo exige la obligación de depósito de las cuentas anuales respecto de las asociaciones declaradas de



utilidad pública, en igual sentido se pronunciaba el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 55/2017, 20 de enero de 2017. Por tanto, entiende este Tribunal, que si la ley aplicable no establece la citada obligación de depósito de las cuentas anuales a la asociación recurrente, ello es razón válida suficiente para que el órgano de contratación valore otros medios sustitutivos para la acreditación de la solvencia; y ello en aplicación de las previsiones del reiterado artículo 86.1 de la LCSP, cuyo párrafo tercero tiene como finalidad facilitar la concurrencia y la libre competencia, permitiendo la participación de empresas que no puedan presentar la documentación exigida por una razón válida.

Además, como antes se analizaba el mencionado precepto se expresa en términos imperativos, por lo que no se trata de una facultad discrecional de la mesa de contratación, sino que ante la concurrencia de una razón válida que imposibilite a la licitadora aportar las referencias solicitadas, la mesa viene obligada a otorgar la posibilidad de acreditar la solvencia económica mediante otros documentos.

Partiendo de ello, y de conformidad con la documentación obrante en el expediente se comprueba que en el presente supuesto, en respuesta al requerimiento de subsanación de documentación previa a la adjudicación, la asociación OS ZAGALES, informó a la mesa de contratación, mediante escrito de 21 de diciembre de 2020, de sus dificultades para acreditar la solvencia económica con arreglo a la documentación que exige el PCAP, informándole que de conformidad con la normativa que le era de aplicación no estaba obligada a depositar las cuentas anuales en registro alguno. Pues bien, una vez que la mesa de contratación tuvo conocimiento de las referidas circunstancias debió determinar qué documentación sustitutiva podía presentar la asociación recurrente. Por el contrario y según consta en el acta de la mesa de contratación celebrada el 11 de enero de 2021, reunida al objeto de analizar la subsanación de la documentación acreditativa de la capacidad y la solvencia requerida a las empresas propuestas como adjudicatarias, en lo que aquí interesa, la mesa adoptó el siguiente acuerdo:

“B) ASOCIACIÓN CULTURAL Y DEPORTIVA OS ZAGALES - Lotes 2, 14

De conformidad con el PCAP la solvencia económica y financiera se acredita por medio de las cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Oficial correspondiente en el que deba estar inscrito, no aportando el medio establecido en el PCAP, por lo que se acuerda por la Mesa de Contratación su exclusión y se eleva nueva propuesta de adjudicación al siguiente mejor clasificado, recayendo en EULEN S.A. para el lote 2 y en AULA DE OCIO S.L. para el lote 14”.



Por tanto y habiendo debido determinar la mesa, conforme a lo expuesto, qué concreta documentación debería aportarse por la licitadora para entender acreditado el requisito de solvencia, procede estimar el recurso y anular el acuerdo de exclusión impugnado.

SÉPTIMO. La asociación OS ZAGALES en su escrito de recurso solicita, además de la anulación de la exclusión de su oferta, que se acuerde la validez de la acreditación de la solvencia económica y financiera presentada consistente en la siguiente documentación: acta de la Asamblea aprobando las cuentas anuales, cuenta de resultado del ejercicio 2019, el balance de situación ejercicio 2019 y la declaración del Impuesto de Sociedades del ejercicio 2019.

Al respecto y como analizábamos en el apartado anterior, en el caso de que resulte necesario otorgar la posibilidad de acreditar la solvencia económica mediante otros documentos a los previstos en el PCAP, corresponde a la mesa de contratación concretar la documentación que considere adecuada al efecto. Por ello y dadas las facultades estrictamente revisoras de este Tribunal, no podemos sustituir a la mesa en sus funciones de apreciación y calificación de la documentación, por lo que no procede, como se solicita en el recurso, que acordemos la validez de la acreditación de la solvencia económica y financiera presentada por la recurrente.

Con base en las anteriores consideraciones, procede estimar parcialmente el recurso presentado, anulando el acto de exclusión y retrotrayendo el procedimiento al momento inmediatamente anterior a la formulación del requerimiento de documentación, al objeto de que se determine por la mesa de contratación la documentación que se considera apropiada para acreditar el requisito exigido de solvencia económica.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE INTERVENCIÓN SOCIAL “OS ZAGALES”** contra el acuerdo de la mesa de contratación de 11 de enero de 2021, por el que se la excluye del procedimiento de adjudicación de los



lotes 2 y 14 del contrato denominado “Servicio de Aula Matinal en los Centros Docentes Públicos dependientes de la Consejería de Educación y Deporte” (Expte. 00121/ISE/2020/SC), convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, ente adscrito a la Consejería de Educación y Deporte, anulando el acto de exclusión, para que se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de 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, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 12 de febrero de 2021.

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.

CUARTO. 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.

