



Junta de Andalucía

Recurso 222/2021

Resolución 483/2021



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

Sevilla, 18 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso especial interpuesto por la **UTE N.G.S. – ASOCIACIÓN ATEMPRA MÁLAGA Y R.M.B.**, contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Concierto social para la prestación del servicio de Atención Infantil Temprana en Andalucía” (Expte. 2020-524487, 77/2020), respecto del lote: 4.D.6. Loja, convocado por la Consejería de Salud y Familias, este tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 11 de agosto 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 administrativo especial indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 182.482.944 euros. En dicho día los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil.

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.

En la vigésimo quinta sesión celebrada el 8 de abril de 2021, la mesa de contratación acordó excluir la oferta presentada por la **UTE N.G.S. – ASOCIACIÓN ATEMPRA MÁLAGA Y R.M.B.**, (en adelante la UTE) al no haber subsanado la documentación previa a la adjudicación requerida. El acuerdo fue remitido a la recurrente y publicado en el perfil de contratante el 27 de abril de 2021.

SEGUNDO. El 18 de mayo de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE recurrente contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 8 de abril de 2021, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación respecto del lote 4.D.6. Además la recurrente solicita en su escrito la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación. El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano.



Con fecha 10 de junio de 2021, este Tribunal acordó adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento solicitada por la recurrente, respecto al lote 4.D.6. No se procedió a dar trámite de alegaciones dado que la oferta de la recurrente fue la única presentada al procedimiento de licitación respecto del lote 4.D.6.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

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. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación así como contra la notificación del mencionado acuerdo, respecto del lote 4.D.6., de un contrato administrativo especial 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 y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el acuerdo de exclusión fue adoptado por la mesa de contratación en sesión celebrada el 8 de abril de 2021 y fue remitido a la recurrente y publicado en el perfil de contratante el 27 de abril de 2021. Por tanto, aun computando el plazo desde la publicación del acuerdo en el perfil de contratante, el recurso presentado en el Registro de este Tribunal el 18 de mayo de 2021 se habría interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) y g) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

Con carácter previo al análisis de fondo del recurso, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, el contenido de las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de contratación que culminan con la exclusión de la oferta de la ahora recurrente, al no presentar de forma correcta la documentación previa a la adjudicación en la forma exigida en la cláusula 10.7 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP).

Según consta en la documentación remitida a este Tribunal en la sesión vigésimo quinta, de 8 de abril, la mesa se reúne para examinar la documentación presentada por los distintos licitadores en respuesta a los requerimientos



de subsanación de la documentación previa a la adjudicación. En lo que aquí interesa respecto de la oferta de la UTE al lote recurrido, en el acta se recoge la siguiente información; el requerimiento que previamente se había realizado, el análisis de la documentación aportada y el acuerdo de exclusión de la proposición de la recurrente. Se procede a continuación a reproducir las cuestiones de relevancia para la resolución del presente recurso.

En la mencionada acta se recoge que la mesa de contratación a la vista de la documentación aportada por la UTE previa a la adjudicación y ante las deficiencias detectadas, había acordado en su novena sesión -de conformidad con el artículo 18.4 del Decreto 57/2020, de 22 de abril, por el que se regula el concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana (en adelante Decreto 57/2020)- concederle un plazo de 3 días hábiles para que subsanara, entre otra documentación, los siguientes defectos detectados:

«2) No queda justificada la cesión del local durante toda la ejecución. En concreto deberá aportar justificación de la cesión por parte del Ayuntamiento por todo el período de ejecución (2 años).

4) No se aporta documentación acreditativa de la solvencia económica correspondiente a alguno de los tres ejercicios anteriores (2017, 2018, 2019) según la documentación justificativa indicada en el Pliego. Deberá aportar libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil en caso de empresarios individuales, así como cuentas anuales y depositadas en el Registro de Asociaciones, y en caso de no estar obligada a su depósito por no estar declarada de utilidad pública, presentar declaración responsable en dicho sentido».

La mesa de contratación, según figura en el acta de la vigésimo quinta sesión, a la vista de la documentación presentada por la UTE en sede de subsanación, el 8 de febrero de 2021, manifiesta lo siguiente con relación a la subsanación de los puntos 2 y 4 anteriormente reproducidos:

Respecto del punto 2 se indica, *«se aporta documento sobre cesión de uso del edificio propiedad municipal bien de carácter patrimonial, sito en Avda. Rafael Pérez del Álamo a la Asociación ATEMPRA MÁLAGA, suscrito por el Alcalde del Ayuntamiento de Loja, en el que se refleja que la cesión en precario es por un año (esto es hasta el 3 de Agosto de 2021), manifestando que es voluntad de esa Corporación proceder a la cesión en el marco que la legislación aplicable permita. Por lo expuesto, este punto no queda subsanado».*

Con relación al punto 4 se manifiesta *«Se aportan, de la ASOC. ATEMPRA, las cuentas anuales aprobadas del año 2019 y solicitud de inscripción en el Registro de Asociaciones de fecha 14/10/2020 que acreditan un volumen de negocio de 141.504 €. No obstante vista su presentación en el citado Registro ha transcurrido el tiempo suficiente para considerar el silencio administrativo estimatorio de acuerdo al art. 16 del Decreto 152/2002, de 21 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de organización y funcionamiento del Registro de Asociaciones de Andalucía.*

Se entiende justificada la solvencia económica aportada por la ASOC. ATEMPRA. Sobre R.M.B y N.G.S., aunque no presentan los libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil, en su lugar presentan declaración de IRPF correspondiente a todos los ejercicios (2017, 2018 y 2019) acompañada de declaración responsable sobre la no obligatoriedad de legalización de los referidos libros. En este sentido, y en virtud de lo previsto en el artículo 68.5 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aunque no se aportan los libros recogidos en el citado artículo, se da por buena, para cada uno de ellos, la cifra de negocio reflejada en la declaración de IRPF tomando como referencia la mejor de los tres ejercicios (149.609,25 € en 2019 para R. y 139.220 € en 2017 para N.). La suma total de los importes de solvencia económica entre los tres componente asciende a 430.333,25 € no alcanzando el importe exigido de 523.376 € (total de sesiones ofertadas en todos los lotes, incluyendo las sesiones sin contraprestación). Por tanto no queda acreditada la solvencia económica exigida no subsanándose este punto.».



En consecuencia y como se ha indicado la mesa de contratación, en su sesión de 8 de abril de 2021, acuerda la exclusión de la proposición de la recurrente al no haber subsanado la documentación requerida en lo relativo a la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional exigida en el PCAP.

Pues bien, la recurrente se alza contra la exclusión de su oferta argumentando, en síntesis, lo siguiente:

- Que tanto el acuerdo de la mesa de contratación como la notificación de la exclusión no se encuentran suficientemente motivadas, lo que supone que la mesa de contratación ha incurrido en arbitrariedad y error de hecho, con infracción de los principios de buena administración, proporcionalidad e igualdad de trato.
- Que la mesa de contratación no ha tomado los datos correctos para el cálculo de solvencia económica y financiera según se acredita en la documentación aportada el 8 de febrero de 2021. De la que se ha de concluir que la UTE sí acredita la mencionada solvencia en los términos exigidos en el PCAP.
- Que la mesa de contratación debió haber pedido aclaraciones o haber permitido que se subsanaran los defectos antes de excluir directamente a la UTE.
- Respecto del motivo de exclusión relacionado con la solvencia técnica o profesional y, en concreto, con relación a la falta de acreditación de la titularidad del centro o del derecho real de uso y disfrute sobre el mismo durante el periodo de vigencia del concierto -compromiso de adscribir determinados medios materiales a la ejecución del contrato-; considera que la mesa de contratación no ha interpretado correctamente el contenido del documento de cesión del local que presentó en sede de subsanación y del que, a su juicio, se desprende que sí se cumple lo exigido en el PCAP.

Por lo anterior, la recurrente solicita la anulación el acuerdo impugnado y que se tenga por acreditada su solvencia económica y financiera y técnica o profesional.

Por otra parte, el órgano de contratación en su informe al recurso argumenta que su oferta fue correctamente excluida por los motivos que serán indicados a lo largo de esta resolución.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Procede ahora entrar a analizar el fondo de la controversia. En este sentido, en la cláusula 10.7.del PCAP se establece la documentación previa a la adjudicación que se debe presentar, entre la que se encuentra la acreditativa de la solvencia económica y financiera -remitiéndose al anexo XIV- y la solvencia técnica o profesional -remitiéndose al anexo XV- donde se detallan los criterios de selección.

Por un lado, el contenido del anexo XIV del PCAP establece el criterio de selección relativo a la solvencia económica y financiera del empresario, que queda concretado de la siguiente forma: «- *Volumen anual de negocios de la persona licitadora o candidata, 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 sea al menos igual al importe de la oferta presentada, entendiendo por tal la suma de todos los lotes a los que el licitador se presente. Tal requerimiento se efectúa teniendo en cuenta el momento procedimental en que la Mesa de Contratación comprobará el cumplimiento de este requisito de solvencia y en aras de mantener el criterio de proporcionalidad para los licitadores en este aspecto.*

El volumen anual de negocios de la persona licitadora se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.».



Por otro lado y en lo que aquí interesa, en el anexo XV del PCAP se establecen los criterios de selección relativos a la solvencia técnica o profesional, donde se exige un compromiso al licitador de adscripción de medios personales y materiales. Este compromiso, entre otras cuestiones, comprende la acreditación de la disposición de un centro con determinadas características, con la siguiente redacción: *«titularidad del centro o ser titulares de un derecho real de uso y disfrute sobre el mismo que, en cualquier caso, no podrá ser inferior al periodo de vigencia del concierto. Cuando la persona titular del Centro no sea propietaria del local o edificio, deberá acreditar que cuenta con la autorización de la persona titular propietaria para destinarlo al fin del concierto»*.

Como anteriormente se ha indicado, la oferta de la recurrente es excluida del procedimiento de licitación al entender la mesa de contratación, por un lado, que no acredita la solvencia económica y financiera exigida en el mencionado anexo XIV del PCAP dado que los importes justificados relativos al volumen anual de negocios por las entidades que componen la UTE son insuficientes para alcanzar el mínimo exigido, que tiene que ascender como mínimo al total de la oferta teniendo en cuenta todos los lotes.

Por otro lado, la oferta de la recurrente es excluida dado que respecto al compromiso de la adscripción de medios materiales, la recurrente presenta documentación de la que se desprende que la cesión del centro para la ejecución del contrato es solo por un año -hasta el 3 de agosto de 2021- incumpliendo lo establecido en el anexo XV del PCAP que establece que la cesión no puede ser inferior al periodo de vigencia del concierto -2 años-.

Esta información se desprende de la motivación incluida tanto en el acta de la vigésimo quinta sesión celebrada el 8 de abril de 2021, como de la notificación del mencionado acuerdo realizado el 27 de abril de 2021 -que básicamente reproduce el contenido del acta-, que son los actos recurridos.

Pues bien, la recurrente en primer lugar combate los actos recurridos argumentando que carecen de la motivación suficiente. Manifiesta que no se argumenta en la mencionada acta el motivo por el que la mesa de contratación toma las distintas cantidades a la hora de calcular el volumen anual de negocios de la UTE que considera acreditado. Asimismo argumenta que con relación al compromiso de adscripción de medios, que no queda suficientemente motivada la decisión de la mesa de contratación dado que a su juicio en la documentación aportada queda suficientemente acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos y que por ello los actos recurridos incurren en; arbitrariedad, error de hecho, infringen el principio de buena administración, proporcionalidad e igualdad de trato.

Sobre esta cuestión, este Tribunal ha indicado en otras ocasiones (v.g. Resolución 236/2021, de 10 de junio) que la motivación resulta suficiente cuando permita a una licitadora normalmente diligente entender por qué se ha excluido su oferta y pueda combatir dicha decisión, como así ha efectuado la recurrente. De hecho, el contenido de su escrito de impugnación permite afirmar que ha dispuesto de información suficiente para la interposición de un recurso fundado.

Al respecto, es doctrina reiterada de este Tribunal que *«la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes»* (v.g. Resoluciones 34/2019, de 14 de febrero, 440/2019, de 27 de diciembre y 186/2020, de 1 de junio, entre otras muchas). Asimismo, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional también mencionada en nuestras resoluciones (por todas, se cita la Resolución 102/2021, de 18 de marzo) la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a



alguna de las partes el derecho a la defensa, de modo que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

En definitiva, en el presente supuesto queda claro que la recurrente conoce los motivos por los que se ha excluido su oferta y los combate argumentando, por un lado, las cuestiones por las que considera que la mesa de contratación no calculó correctamente el volumen anual de negocio acreditado. Respecto del motivo de exclusión relacionado con la documentación a aportar junto al compromiso de medios en la ejecución del contrato, la UTE conoce los motivos por el que la mesa de contratación considera que no quedan suficientemente acreditados los requisitos exigidos en los pliegos y combate tal decisión. A la vista de lo anterior, este Tribunal considera que tanto el acuerdo de la mesa de contratación de exclusión como la notificación del acuerdo a la recurrente contienen información para que se pueda considerar que están suficientemente motivados teniendo en cuenta la doctrina anteriormente reproducida. Por tanto, procede la desestimación de este motivo de recurso.

En segundo lugar, la recurrente argumenta que la mesa de contratación calculó de forma incorrecta el volumen anual de negocios a efectos de acreditar la solvencia económica y financiera exigida en el PCAP. Como punto de partida, no es objeto de discusión que el volumen anual de negocios a acreditar asciende a 523.376 euros.

En este sentido, durante el procedimiento de licitación la recurrente, tras el requerimiento de la mesa de contratación de la documentación previa a la adjudicación, presentó la declaración del impuesto de personas físicas (IRPF) de R.M.B. (en adelante R.M.B.) y N.G.S. (en adelante N.G.S.), y la declaración del impuesto de sociedades de la ASOCIACIÓN ATEMPRA MÁLAGA (en adelante ATEMPRA) correspondientes a los ejercicios 2017, 2018 y 2019 junto con una declaración de la cifra de negocios global de los miembros de la UTE.

Posteriormente, tras el requerimiento de subsanación por parte de la mesa de contratación, la UTE presenta declaraciones de R.M.B. y N.G.S. relativas a que no están obligados a depositar las cuentas anuales en el Registro Mercantil, y con relación a ATEMPRA, entre otra documentación, presenta la solicitud del depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2019 en el Registro de Asociaciones, así como otra documentación correspondiente al mencionado ejercicio: el balance abreviado, la memoria económica abreviada, memoria de actividades y cuenta de resultados abreviada. Respecto a los ejercicios anteriores, ATEMPRA presenta declaración relativa a que el 20 de noviembre de 2018, es declarada de utilidad pública por lo que con anterioridad, no estaba obligada a depositar las cuentas en el Registro de Asociaciones.

Sobre lo anterior, se ha de tener en cuenta que a la hora de calcular el volumen anual de negocio de la UTE se debe atender a una única anualidad para todos sus componentes, sin que sea posible seleccionar los distintos ejercicios de las entidades a conveniencia en la búsqueda del volumen más alto. En este sentido, se han manifestado otros Tribunales ante supuestos similares así, por ejemplo, el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución 728/2021, de 17 de junio, ante un supuesto en el que la recurrente pretendía acreditar la solvencia económica y financiera atendiendo a distintos ejercicios en función del mayor volumen de negocios acreditado por las entidades que componían la UTE licitadora, el mencionado tribunal manifiesta: *«hemos de señalar que asiste la razón al órgano de contratación y que, por tanto, yerra el recurrente en su pretensión de que se integre el mejor volumen de negocio de aquél operador, de los integrados en UTE, en su mejor ejercicio de los tres últimos, es decir, aplicando un particular espiguelo en que se escoge tanto el operador como el ejercicio, para lograr la cifra de negocios exigida como solvencia financiera»*. Finalmente el Tribunal concluye que



«la UTE podrá, para acreditar su solvencia financiera integrar la de todos sus miembros (sumar los volúmenes anuales de negocios) en cada año, dentro de los tres establecidos».

Sentado lo anterior, procede ahora analizar la solvencia económica y financiera acreditada por la UTE respecto del ejercicio 2019, que es en la que en general se acredita un volumen más alto.

A la vista de la documentación presentada por la UTE en su oferta y posteriormente en sede de subsanación tras el requerimiento de la mesa de contratación -que consta como parte del expediente administrativo remitido a este Tribunal-, se comprueba que el volumen anual de negocios acreditado por cada uno de los componentes de la UTE, responde a la siguiente documentación y asciende a las siguientes cantidades:

- IRPF de 2019 de R.M.B. que acredita unos ingresos de explotación que ascienden a 149.609,25 euros.
- IRPF de 2019 de N.G.S., que no acredita ingresos de explotación, es decir, que para el mencionado ejercicio ascienden a 0 euros.
- Impuesto sobre sociedades del ejercicio 2019, modelo 200, de ATEMPRA, así como sus cuentas anuales que incluye un importe neto de la cifra de negocios que asciende a 141.504 euros.

Sobre lo anterior, la recurrente solicita que se añada al importe neto de la cifra de negocios propia de ATEMPRA la cantidad correspondiente a los ingresos directos derivados de su participación del 97% de UTE adjudicataria del servicio de atención temprana en el municipio de Loja, que ascendió al importe de 198.885,25 euros en el ejercicio 2019, lo que haría un total de cifra de negocios de ATEMPRA en el mencionado año de 340.389,25 euros.

Atendiendo a las cifras reproducidas, este Tribunal concluye que aunque se admitiera a meros efectos dialécticos la pretensión de la recurrente en el sentido de tomar la cantidad alegada respecto al volumen de negocios en el año 2019 por parte de ATEMPRA -incluida la participación aludida-, el importe total relativo a la cifra de negocios para todos los miembros de la UTE ascendería a 489.998,50 euros que seguiría resultando inferior a la requerida en el PCAP que como se ha indicado es de 523.376 euros, por lo que no cambiaría su situación y seguiría estando excluida del procedimiento. Por tanto, procede la desestimación de este motivo de recurso.

Sentado lo anterior, el análisis del otro motivo de recurso devendría innecesario, dado que el incumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos no admite graduación en cuanto al número de ellos; el hecho de que una empresa licitadora no observe una exigencia del pliego es motivo suficiente para la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación, no siendo por tanto ni tan siquiera necesario que se produzcan dos, tres o más incumplimientos. En este sentido se ha expresado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 200/2016, de 9 de septiembre, 298/2016, de 18 de noviembre, 36/2017, de 15 de febrero, 35/2018, de 8 de febrero, 23/2020, de 30 de enero y 424/2021, de 28 de octubre.

En cualquier caso y a mayor abundamiento, procede el análisis del otro motivo de recurso. Como anteriormente se ha indicado, la oferta de la recurrente es excluida dado que a juicio de la mesa de contratación de la documentación aportada por la UTE en sede de subsanación no se acredita que la misma disponga de un centro durante el tiempo de vigencia del concierto -dos años- en los términos exigidos en el anexo XV del PCAP.

La UTE para acreditar la disposición del centro en el que se va a ejecutar la prestación presentó un documento -como anteriormente se ha indicado- sobre la cesión de uso de un edificio propiedad municipal a la Asociación ATEMPRA MÁLAGA, suscrito por el Alcalde del Ayuntamiento de Loja, en el que se refleja que la cesión en precario es por un año -hasta el 3 de Agosto de 2021-, y en el que se manifiesta que es voluntad de esa Corporación proceder a la cesión en el marco que la legislación aplicable permita.



La recurrente considera que teniendo en cuenta el propio texto del documento de cesión donde se indica que: *«es voluntad de esta Corporación proceder a la cesión en el marco que la legislación aplicable permita: Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía aprobado por Decreto 18/2006, de 24 de enero y Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, y que estimamos podría ser objeto de conocimiento por el Pleno de la Corporación Municipal en próximas sesiones, una vez evacuados los oportunos informes técnicos»* se debe entender que es voluntad del Ayuntamiento la cesión del local durante el periodo exigido y que como prueba de ella aporta un certificado del Ayuntamiento de Loja, de 30 de abril de 2021, en el que confirma la voluntad de la Corporación de ceder el local a ATEMPRA por un plazo superior a 2 años.

Por otro lado, el órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta que la entidad no disponía del derecho de uso y disfrute del inmueble destinado al fin del concierto en el momento de presentar la oferta durante toda la duración del concierto, toda vez que la cesión, de una u otra forma, se hallaba en tramitación.

Visto lo anterior, a juicio de este Tribunal resulta cierto que del documento inicial aportado por la UTE no se desprende la disposición del local durante el plazo de ejecución del contrato ya que así se deduce de su propia literalidad, en la forma argumentada por el órgano de contratación, por lo que en este sentido la mesa de contratación actuó correctamente no considerando subsanada la documentación. Sin que se pueda tener en cuenta el segundo documento emitido por el Ayuntamiento, el 30 de abril de 2021, dado que el mismo, por razones obvias, no fue presentado en el plazo concedido para subsanar por la mesa de contratación durante el procedimiento de contratación y es presentado ahora en vía de recurso.

Además, la recurrente argumenta que la mesa de contratación le debió de dar la posibilidad de subsanar la documentación o haberle solicitado aclaraciones antes de proceder directamente a la exclusión de su oferta, como así ha hecho con otros licitadores.

Respecto de la primera de las cuestiones procede indicar que la mesa de contratación le concedió plazo de subsanación a la UTE, así se desprende del expediente recibido en este Tribunal. En este sentido consta un primer requerimiento, de 6 de noviembre de 2020, de la documentación previa a la adjudicación y tras la presentación de la misma, un requerimiento de subsanación, de 5 de febrero de 2021, de las deficiencias detectadas. Por tanto, queda claro que la mesa de contratación sí concedió un plazo de subsanación a la recurrente, como ha quedado recogido en los antecedentes de esta resolución.

Sobre lo anterior, en cuanto a la posibilidad de la mesa o del órgano de contratación de solicitar aclaraciones se ha de partir de que el PCAP en su cláusula 10.7 prevé expresamente que la falta de subsanación en el plazo concedido para ello es causa de exclusión definitiva.

En relación con lo expuesto, debemos señalar como ya manifestó este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 33/2017 de 15 de febrero, 260/2018, de 21 de septiembre, 301/2018, de 23 de octubre y 146/2020, de 1 de junio, que *«(...) Si bien es cierto que la jurisprudencia mantiene una postura contraria a un excesivo formalismo que conduzca a la inadmisión de proposiciones por simples defectos formales en detrimento del principio de concurrencia que ha de presidir la contratación pública -Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2004 dictada en Casación para Unificación de Doctrina (Recurso 265/2003)-, tampoco resulta exigible una subsanación de la subsanación, pues ello podría vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 y 139 del TRLCSP) y provocar inseguridad jurídica en la tramitación del procedimiento de adjudicación acerca de en qué supuestos habría que permitir una segunda subsanación»*.



En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 467/2018, de 11 de mayo, al indicar que *«parece claro que la Ley reclama que se conceda un plazo para la subsanación de los errores que puedan existir (y sean subsanables) en la documentación general presentada por las empresas que pretenden participar en una licitación pública. Pero una vez vencido dicho plazo, la Administración contratante decide su admisión o no al proceso de licitación en función de la documentación de subsanación recibida y procede a continuación dar paso a la fase siguiente del procedimiento. No cabe, por tanto, requerir un nuevo plazo de subsanación de nuevos defectos, ni aportar como prueba nuevos documentos no presentados en el momento procesal oportuno»*. Asimismo, dicho Tribunal Central en su Resolución 1095/2018, de 30 de noviembre, ha señalado *«que no resulta exigible una subsanación de la subsanación, pues ello podría vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 y 139 del TRLCSP)»*.

En este sentido, como se ha expuesto, no es posible admitir el alegato de la recurrente, en el que considera que la mesa de contratación debió solicitarle expresamente algún tipo de aclaración al efecto como medida más proporcional y/o equilibrada, antes de proceder a la exclusión de su oferta, pues la misma es una potestad de la mesa de contratación, prevista en el citado artículo 95 de la LCSP, que debe ser empleada cuando proceda aclarar algún extremo sobre la documentación aportada acreditando el cumplimiento de un requisito determinado y no cuando, como en el presente supuesto, con la documentación presentada no se acredita dicho cumplimiento, cual es la solvencia económica y financiera y técnica o profesional por la recurrente, quedando por lo tanto dicho precepto reservado para casos muy concretos y debiendo ser interpretado de forma restrictiva, al objeto de no vulnerar el principio de igualdad.

En el presente caso, una segunda subsanación, a juicio de este órgano, superaría los límites de lo que resulta apropiado pues vulneraría el principio de igualdad de trato entre entidades licitadoras y provocaría inseguridad jurídica en la tramitación del procedimiento de adjudicación acerca de en qué supuestos habría que permitir una segunda subsanación. Por tanto también procede la desestimación de este motivo de recurso.

Finalmente, la recurrente realiza alusiones en su escrito a los requerimientos practicados a otras entidades durante el procedimiento y considera que se ha conculcado el principio de igualdad de trato. Sobre esta cuestión el órgano de contratación manifiesta en su informe que: *«En relación a las alusiones hechas a los requerimientos practicados a otras entidades, en primer lugar las circunstancias que rodearon tales requerimientos no son las mismas. En todo caso, la mesa de contratación ha respetado el principio de igualdad de trato entre los licitadores, a quienes ha practicado requerimiento de subsanación en todos aquellos casos en que la documentación aportada adolecía de algún tipo de deficiencia y practicado un nuevo requerimiento únicamente en aquellos casos en que, examinada la subsanación, entendiéndose que la misma pudo ser ambigua o inexacta. Y adicionalmente, practicó requerimiento de aclaraciones cuando observó discrepancias entre la documentación aportada, dando así las mismas oportunidades a todos los licitadores. Decir que, la omisión de documentación tras la práctica de un requerimiento de subsanación no se ha considerado susceptible de una nueva subsanación por cuanto la entidad ya fue informada y dispuso de plazo para su presentación, más aún considerando que los requisitos exigidos para la prestación del servicio se encuentran recogidos en el PCAP y PPT a disposición de las entidades licitadoras, que su desconocimiento no les exime de su cumplimiento y que han de estar en posesión de ellos desde el momento de la presentación de la oferta»*. Sobre lo anterior, procede manifestar que para vulnerar el principio de igualdad tendría que concurrir igual situación que la de la recurrente en otro licitador y haber actuado de modo distinto la mesa de contratación, en este sentido la recurrente tendría que haber acreditado ese trato desigual y no solo alegarlo.



Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial interpuesto por la **UTE N.G.S. – ASOCIACIÓN ATEMPRA MÁLAGA Y R.M.B.**, contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Concierto social para la prestación del servicio de Atención Infantil Temprana en Andalucía” (Expte. 2020-524487, 77/2020), respecto del lote: 4.D.6. Loja, convocado por la Consejería de Salud y Familias.

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 el 10 de junio de 2021, respecto del lote 4.D.6.

TERCERO. 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.

NOTIFÍQUESE 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.

