

Recurso 251/2021

Resolución 501/2021

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

Sevilla, 25 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso especial interpuesto por la entidad **INTEGRACIÓN TERAPÉUTICA DIÓGENES, S.L.P.**, 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: 8.E.9. Sevilla (Centro-Triana-Los Remedios), 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 trigésimo tercera sesión celebrada el 5 de mayo de 2021, la mesa de contratación acordó excluir la oferta presentada por la INTEGRACIÓN TERAPÉUTICA DIÓGENES, S.L.P. (en adelante la DIÓGENES) 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 12 de mayo de 2021.

SEGUNDO. El 2 de junio de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la recurrente contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 5 de mayo de 2021, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación respecto del lote 8.E.9. 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 17 de junio de 2021, este Tribunal acordó adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento solicitada por la recurrente, respecto al lote 8.E.9.

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 el CENTRO DE ESTIMULACIÓN PRECOZ CRISTO DEL BUEN FIN y HOSPITAL VICTORIA EUGENIA (CRUZ ROJA ESPAÑOLA).

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 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 5 de mayo de 2021 y fue remitido a la recurrente y publicado en el perfil de contratante el 12 de mayo de 2021. Por tanto, el recurso presentado en el Registro de este Tribunal el 2 de junio 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 trigésimo tercera, de 5 de mayo, 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 recurrente 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 recurrente previa a la adjudicación y ante las deficiencias detectadas, había acordado en su vigésimo segunda 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: «6. Para la acreditación de la solvencia económica exigida (1.805.580 €), no se acredita la solvencia económica relativa a las otras entidades en las que se basa: Placas y prefabricados del Sur S.L, Miguel G.T. y Antonio Miguel G.T. Deberá aportarse para cada uno de ellos:

◦ Anexo XII.

◦ Documento de responsabilidad solidaria por quien avala, con el contenido mínimo recogido en el requerimiento de documentación previa a la adjudicación que se notificó.

◦ El volumen anual de negocios de la persona licitadora acreditado por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil. En el caso de 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».

La mesa de contratación, según figura en el acta de la trigésimo tercera sesión, a la vista de la documentación presentada por la recurrente en sede de subsanación, el 28 de abril de 2021, manifiesta lo siguiente con relación a la subsanación del punto 6 anteriormente reproducido:

«En relación al punto 6, la entidad acreditó solvencia mediante la presentación de sus cuentas anuales de 2019 aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil por importe de 438.842,00 €. Tras el requerimiento se aporta la siguiente documentación:

- *Anexo XII de Placas y prefabricados del Sur S.L (aunque sin especificar la categoría del cargo4), Miguel G.T. y Antonio Miguel G.T.*

- *Documento de responsabilidad solidaria de Placas y prefabricados del Sur S.L, Miguel G.T. y Antonio Miguel G.T.*

- *Cuentas anuales aprobadas de 2019 y depositadas en el Registro Mercantil de Placas y prefabricados del Sur S.L., aportando un volumen de negocio de 788.220,41 €.*

No se aporta documentación alguna que acredite el volumen anual de negocio para la solvencia económica de los empresarios individuales Miguel G.T. y Antonio Miguel G.T.

En base a lo expuesto, la solvencia económica acreditada es de 1.227.062,41 €, inferior al importe exigido de 1.805.580 €. Por tanto, no se acredita la solvencia exigida».

En consecuencia y como se ha indicado la mesa de contratación, en su sesión de 5 de mayo 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 exigida en el PCAP.

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

- Manifiesta que presentó oferta a los siguientes lotes: 1.C.2., 8.B1., 5.C.2., 8.E.9. y 8.E.6. y que tras el requerimiento por parte de la mesa de contratación de la documentación previa a la adjudicación presentó por error la documentación correspondiente al lote 8.B.1. Écija en lugar de la correspondiente al presente lote 8.E.9. y



que esta circunstancia fue la que motivó que la mesa de contratación le tuviera que realizar un requerimiento para que subsanara la documentación inicialmente presentada.

- Que teniendo en cuenta que la mesa de contratación consideró acreditada una solvencia económica por importe de 1.227.062,41 euros -inferior a la cantidad de 1.805.580 euros requeridos-, esta debió concederle plazo para que subsanara la documentación en lugar de excluirla directamente.
- Que la exigencia por la mesa de contratación de la acreditación de la solvencia económica por el total de los lotes licitados para adjudicar un lote -el 8.E.9.- que asciende a la cantidad de 153.972 euros supone una infracción del principio de libre concurrencia.
- Que la mesa de contratación ha dado un trato desigual a los distintos licitadores ya que en algunos casos ha completado la documentación acreditativa de la solvencia exigida en el PCAP acudiendo de oficio a la presentada por un mismo licitador en otros lotes, en lugar de requerirla como en su caso en sede de subsanación.

Por lo anterior, la recurrente solicita la anulación el acuerdo impugnado y que se tenga por acreditada su solvencia económica y financiera y subsidiariamente, que se reconozca su derecho a que se le permita subsanar la documentación.

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.

Finalmente, las entidades interesadas CENTRO DE ESTIMULACIÓN PRECOZ CRISTO DEL BUEN FIN y HOSPITAL VICTORIA EUGENIA (CRUZ ROJA ESPAÑOLA) se oponen asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

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 donde se detallan los criterios de selección.

Pues bien, 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, entendiéndose 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.».

Como anteriormente se ha indicado, la recurrente es excluida al entender la mesa de contratación que los importes acreditados son insuficientes para alcanzar el mínimo exigido según el anexo del PCAP, anteriormente



reproducido, que recoge que dicha cantidad tiene que ascender como mínimo al total de la oferta teniendo en cuenta todos los lotes. Así se desprende de la motivación incluida en el acta de la trigésimo tercera sesión celebrada el 5 de mayo de 2021. Sobre lo anterior procede mencionar que no es objeto de controversia que la solvencia económica y financiera exigida atendiendo a los lotes a los que licita la recurrente asciende a la cantidad de 1.805.580 euros.

Pues bien, la recurrente en primer lugar manifiesta en términos genéricos que dispone de la solvencia económica y financiera exigida en el PCAP y que fue la mesa de contratación la que consideró que a la vista de la documentación aportada no quedaba suficientemente acreditada. En este sentido, la recurrente no rebate los argumentos por los que la mesa consideró que en aplicación del anexo XIV del PCAP la solvencia justificada ascendía a 1.227.062,41 euros, sin embargo, solicita a este Tribunal como pretensión principal que declare que DIÓGENES acreditó la solvencia económica y financiera respecto del lote licitado. Pues bien, este Tribunal no puede acceder a dicha pretensión dado que la recurrente no esgrime argumentos de los que se pueda desprender que la mesa de contratación erró a la hora de calcular su solvencia económica y financiera, según la configuración del criterio de selección establecido en el PCAP y en función de la documentación inicialmente aportada y posteriormente tras el requerimiento de subsanación. Por ello, y ante la falta de argumentos que combatan el acuerdo de la mesa de contratación sobre esta cuestión, procede la desestimación de la pretensión principal.

En segundo lugar, la recurrente argumenta que teniendo en cuenta que la mesa de contratación entiende acreditada la solvencia económica y financiera por un importe de 1.227.062 euros, debió proceder a solicitar a la recurrente que subsanara la documentación en lugar de excluir directamente su oferta.

Sobre lo anterior, procede mencionar que la mesa de contratación procedió a solicitar a la recurrente la documentación previa a la adjudicación, y tras detectar determinados errores le concedió plazo para que subsanara la documentación mediante requerimiento de 26 de abril de 2021. En este sentido figura en el expediente remitido a este Tribunal tanto el requerimiento como la documentación presentada por la recurrente el 28 de abril de 2021. 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.

Como se ha indicado, la recurrente considera que la mesa de contratación le debió dar un nuevo trámite de subsanación para que presentara la documentación correctamente. Pues bien, en cuanto a la posibilidad de la mesa o del órgano de contratación de solicitar una nueva subsanación 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, 146/2020, de 1 de junio y 483/2021, de 18 de noviembre 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 un nuevo plazo de subsanación como medida más proporcional y/o equilibrada, antes de proceder a la exclusión de su oferta, pues la posibilidad de solicitar aclaraciones -que no un nuevo plazo de subsanación- 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 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 Tribunal, 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 procede la desestimación de este motivo de recurso.

En tercer lugar, la recurrente considera contrario al principio de libre concurrencia que la mesa de contratación le haya exigido la acreditación de una solvencia económica y financiera que asciende a 1.805.580 euros cuando este lote concreto asciende a 153.972 euros. Considera que no se le puede exigir la acreditación de una solvencia que no necesita para la ejecución de este lote concreto del contrato.

Procede ahora señalar como este Tribunal ha indicado en otras ocasiones: (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero, 251/2018, de 13 de septiembre, y Resolución 188/2020, de 1 de junio) *«la necesidad de que las proposiciones de las entidades licitadoras se ajusten a las especificaciones de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, lex contractus o lex inter partes que vinculan no solo a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos»*.

Sobre esta cuestión, queda claro que el PCAP rector del presente procedimiento establece el medio concreto para la acreditación de la solvencia económica y financiera, quedando configurado 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, entendiéndose por tal la suma de todos los lotes a los que el licitador se presente.»*. De esta forma si DIÓGENES no estaba de acuerdo con la forma establecida en los pliegos para acreditar la solvencia económica y financiera debió impugnar los pliegos en el momento oportuno para ello. Pero ahora, una vez que los pliegos devienen firmes por no haber sido impugnados



constituyen la ley del contrato y se debe estar a su contenido, que como anteriormente se ha reproducido es claro y establece unas mismas reglas para todos los licitadores. Por lo anterior, también procede la desestimación de este motivo de recurso.

Finalmente, la recurrente realiza alusiones en su escrito a otro requerimiento practicado a una entidad durante el procedimiento y considera que se ha conculcado el principio de igualdad de trato. 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. En este supuesto, la recurrente indica que mientras que la mesa de contratación optó para la acreditación de la solvencia económica y financiera de otra licitadora por acudir a la documentación que había presentado para otro lote al que también licitaba, en su caso, la mesa de contratación ni tan siquiera le permitió subsanar la documentación. A juicio de este Tribunal dicha afirmación no es correcta puesto que como se ha argumentado anteriormente DIÓGENES sí tuvo posibilidad de subsanar la documentación, previo requerimiento de la mesa de contratación, de lo que queda constancia en el expediente en el que figura la presentación de documentación en sede de subsanación, el 28 de abril de 2021. Por lo anterior, también procede la desestimación de este motivo de recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar especial interpuesto por la entidad **INTEGRACIÓN TERAPÉUTICA DIÓGENES, S.L.P.**, 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: 8.E.9. Sevilla (Centro-Triana-Los Remedios), 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, respecto del lote: 8.E.9. Sevilla (Centro-Triana-Los Remedios), adoptada por este Tribunal el 17 de junio de 2021.

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.

