

**Recurso 253/2021**  
**Resolución 528/2021**

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

Sevilla, 10 de diciembre de 2021.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ASOCIACIÓN FISIOTERAPIA DE ALMERÍA PARA LA INVESTIGACIÓN Y EL DESARROLLO DE LA NEUROBIOTECNOLOGÍA (AFAIDEN)**, 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 1.C.2. El Ejido, 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 cuarta sesión celebrada el 10 de mayo de 2021, la mesa de contratación acordó excluir la oferta presentada por la ASOCIACIÓN FISIOTERAPIA DE ALMERÍA PARA LA INVESTIGACIÓN Y EL DESARROLLO DE LA NEUROBIOTECNOLOGÍA (en adelante AFAIDEN), respecto del lote 1.C.2. El acta fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la recurrente el 12 de mayo de 2021.

**SEGUNDO.** El 4 de junio de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por AFAIDEN contra el citado acuerdo de 10 de mayo de 2021, por el que la mesa de contratación excluye su oferta respecto del lote 1.C.2. En su escrito la recurrente solicita la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.



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 1.C.2.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, sin que se hayan recibido en el plazo concedido para ello.

## **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 respecto del lote 1.C.2. 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 10 de mayo de 2021 y el acta de la mencionada sesión fue publicada en el perfil de contratante, el 12 de mayo de 2021. Finalmente, el acuerdo de exclusión fue notificado a la recurrente, el 14 de mayo de 2021. Por tanto, el recurso presentado en el Registro de este Tribunal el 4 de junio de 2021 se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) y g) de la LCSP.

### **QUINTO. Fondo del asunto. 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 entidad ahora recurrente, por no acreditar de forma suficiente la solvencia económica y financiera exigida en el anexo XIV del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP).



Según consta en la documentación remitida a este Tribunal en la sesión vigésimo cuarta, de 6 de abril, la mesa se reúne para examinar la documentación previa a la adjudicación presentada por los licitadores. En lo que aquí interesa respecto de la oferta de la recurrente al lote 1.C.2. se le exige que subsane la documentación presentada en los siguiente términos: *«1.La asociación declaró en el DEUC presentado en el Sobre electrónico nº1 basarse en la solvencia económica de otras entidades pero no se aporta, en relación a alguno de los tres ejercicios anteriores (2017, 2018, 2019), volumen anual de negocios que 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 y como se recoge en el PCAP. 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».*

Con fecha 30 de abril de 2021, AFAIDEN presenta documentación en respuesta al requerimiento de la mesa de contratación, en lo que aquí interesa la recurrente alega lo siguiente: *«para subsanar las deficiencias encontradas en la documentación presentada, se acompaña al presente escrito la documentación acreditativa del cumplimiento por parte de esta Entidad licitadora de los requisitos de solvencia económica y financiera exigidos por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, poniéndose asimismo de manifiesto que el resto de documentación necesaria a tal efecto ya se encuentra en poder del órgano de contratación, por haberse aportado con anterioridad».*

Posteriormente, tuvo lugar, el 10 de mayo de 2021, sesión trigésimo cuarta de la mesa de contratación en la que, respecto al lote 1.C.2. se procede al análisis de la documentación aportada. Sobre lo anterior, en el acta queda reflejado lo siguiente: *«En relación al punto 1, se aportan las cuentas anuales aprobadas y depositadas de la asociación FISIOTERAPIA DE ALMERÍA S.L. que acreditan un volumen de negocio de 263.734,32 euros y no se aporta documentación justificativa del resto de personas en que se basa la solvencia. No se alcanza el importe exigido como solvencia económica (619.444 euros), por tanto no se subsana el punto 1».*

En definitiva la oferta presentada por AFAIDEN fue excluida del procedimiento al no haber acreditado la solvencia económica y financiera exigida en el PCAP.

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

- Que la entidad AFAIDEN es de nueva creación por lo que para acreditar la solvencia económica y financiera integra su solvencia con medios externos, en concreto los de las siguientes entidades y personas: FISIOTERAPIA DE ALMERÍA S.L., F.H.N.), (E.F.N.), (R.M.A.), (J.M.G.), (A.J.G.) y (G.J.G.).
- Que a requerimiento de la mesa de contratación presentó la pertinente documentación tributaria correspondiente a cada una de las anteriormente citadas con el objetivo de acreditar el volumen anual de negocios de cada una de ellas.
- Que en el acuerdo de exclusión se hace referencia al volumen de negocio de la entidad FISIOTERAPIA DE ALMERÍA S.L., y no así del resto de personas que integran la solvencia económica y financiera de la recurrente. Sobre lo anterior, argumenta que las personas mencionadas prestan su solvencia a la recurrente y que se encuentran contratados por la entidad al 95% y que en el caso de A.J.G. y G.J.G., prestan su solvencia mediante sus ingresos que provienen de rendimientos del trabajo por cuenta ajena. Todo ello de conformidad con el artículo 86.1 de la LCSP.



- Que el mencionado artículo 86.1. de la LCSP prevé que *«cuando, 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»*, de lo que entiende que la documentación presentada debe considerarse válida.
- Que en el caso de otros licitadores el criterio seguido por la mesa de contratación ha sido diferente ya que ha admitido documentación acreditativa distinta de la solicitada por lo que su exclusión puede ir en contra de la doctrina de los actos propios.

Finalmente, la recurrente solicita que se estime su recurso y realiza una petición principal consistente en que se anule el acto impugnado y que se considere debidamente acreditada la documentación previa a la adjudicación para que posteriormente se proceda a la adjudicación del contrato a su favor. De forma subsidiaria solicita que tras la anulación del acto impugnado se retrotraigan las actuaciones al momento anterior al requerimiento por la mesa de contratación de la documentación previa a la adjudicación al objeto de que se realice uno nuevo en el que se determine la documentación que resultaría apta para que AFAIDEN pudiera acreditar su solvencia económica y financiera.

Por otra parte, el órgano de contratación en su informe al recurso argumenta que la oferta de la entidad AFAIDEN 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, los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera se encuentran recogidos en el Anexo XIV del PCAP que establece que la mencionada solvencia se acreditará mediante el volumen anual de negocios, indicando además que será: *«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»*. Más adelante se establece: *«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 oferta de la recurrente es excluida del procedimiento de licitación al entender la mesa de contratación que el importe acreditado por AFAIDEN relativo al volumen anual de negocios es insuficiente para alcanzar la solvencia económica y financiera exigida según el anexo XIV del PCAP, que establece que se deberá acreditar una cantidad equivalente al importe del total de los lotes licitados. Así se desprende de la motivación del acta de la trigésimo cuarta de la mesa de contratación, de 10 de mayo de 2021, que es el acto recurrido. Sobre lo anterior, se debe partir de que no es cuestión controvertida el importe de volumen anual de negocios a acreditar que asciende, según se indica en la mencionada acta, a 619.444 euros.

La entidad recurrente argumenta que la mesa de contratación a la hora de calcular el importe del volumen anual de negocios a efectos de acreditar la solvencia económica y financiera integrada con medios externos, tiene en cuenta solo el correspondiente a FISIOTERAPIA DE ALMERÍA S.L. pero no el correspondiente a las personas cuyos medios también utiliza AFAIDEN para acreditar la mencionada solvencia.

Sobre esta cuestión, el órgano de contratación menciona en su informe que la entidad resultó excluida dado que no acreditó la solvencia económica y financiera en los términos exigidos en el PCAP. Respecto al hecho de que la



entidad licitadora es de nueva creación el órgano de contratación manifiesta: *«las decisiones adoptadas para la presentación de la oferta, como es la nueva creación de una entidad, son ajenas a este órgano de contratación, al igual que las motivaciones para ello. Las circunstancias particulares en que se encuentra esta entidad no son consideradas como una razón válida que justifique la autorización por parte de este órgano de contratación para acreditar su solvencia por otro medio».*

Pues bien, la recurrente manifiesta que a la hora de acreditar el volumen anual de negocios presentó la documentación tributaria tanto de la entidad FISIOTERAPIA DE ALMERÍA S.L. como de las personas cuyos medios utiliza para la integración de la solvencia.

Conviene en este momento recordar la doctrina de este Órgano con relación a la integración de la solvencia con medios externos, así viene defendiendo este Tribunal (v.g. Resoluciones 277/2018, de 4 de octubre y 303/2019, de 24 de septiembre), con invocación de las Sentencias, de 2 de junio de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-27/15 Pippo Pizzo y de 25 de febrero de 2015 de la Audiencia Nacional, recurso contencioso-administrativo 463/2013, interpuesto contra la resolución dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (recurso 482/2013), una interpretación amplia que abarca todos sus aspectos, tanto la solvencia económica como la técnica, en concordancia con la jurisprudencia europea y las directivas, donde no se prevén límites para la utilización de dicha posibilidad siempre que quede acreditada la disposición de dichos medios.

Así, en principio no existen restricciones ab initio, sin perjuicio del análisis que se efectúe en cada supuesto concreto, a la posibilidad de integración de la solvencia con medios externos, respecto de los distintos medios que pueden ser integrados, siempre que se acredite la disposición por el licitador de un mínimo de solvencia con medios propios y la disposición efectiva de los medios de otras entidades.

En este sentido figura en el expediente de contratación la documentación previa a la adjudicación presentada por la entidad, el 27 de enero de 2021, entre ella figura un documento denominado *«acreditación de solvencia económica y financiera basándose en la solvencia y medios de otras entidades»* que incluye:

- El modelo 200, relativo al impuesto de sociedades en el ejercicio 2019 de FISIOTERAPIA DE ALMERÍA S.L. y que acredita un volumen anual de negocios de 263.734,32 euros.
- Certificado resumen de la declaración anual impuesto sobre la renta de las personas físicas, del ejercicio 2019, de F.H.N. que acredita unos ingresos de explotación por actividades económicas que asciende a 77.629,26 euros.
- Modelo 130, relativo al impuesto sobre la renta de las personas físicas, en el ejercicio 2019, de E.F.N. que acredita unos ingresos de explotación por actividades económicas que asciende a 34.411,10 euros.
- Modelo 100, relativo al impuesto sobre la renta de las personas físicas, en el ejercicio 2019, de R.M.A. que acredita unos ingresos de explotación por actividades económicas que asciende a 33.327,90 euros.
- Modelo 100, relativo al impuesto sobre la renta de las personas físicas, en el ejercicio 2019, de J.M.G. que acredita unos ingresos de explotación por actividades económicas que asciende a 62.828,43 euros.
- Modelo 100, relativo al impuesto sobre la renta de las personas físicas, en el ejercicio 2019, de G.J.G. y A.J.G. que no acreditan unos ingresos de explotación por actividades económicas dado que sus ingresos provienen de su trabajo por cuenta ajena, como la propia recurrente reconoce en su escrito de recurso.

De lo anterior, procede en primer lugar destacar que AFAIDEN integra totalmente su solvencia económica y financiera con medios externos, sin que a la vista de la documentación aportada justificara un mínimo de solvencia propia; sobre esta cuestión este Tribunal ha manifestado en otras ocasiones (v.g. Resoluciones 252/2015, de 15 de julio y 277/2018, de 4 de octubre) que *«siendo la solvencia un requisito de aptitud para*



*contratar, la misma puede ser integrada o completada con los medios de un tercero, pero no sustituida, debiendo acreditar un mínimo de solvencia en relación al contrato al que se va a licitar, ya que lo contrario supondría una vulneración de la exigencia de solvencia del artículo 62.1 del TRLCSP».* En este sentido, en el documento presentado por AFAIDEN ante la mesa de contratación, el 27 de enero de 2021, la entidad no menciona que sea de nueva creación y procede a justificar su solvencia acudiendo al volumen anual de negocios de FISIOTERAPIA ALMERÍA, S.L. y de las personas físicas anteriormente relacionadas. Por tanto, por este motivo, ya la mesa de contratación debió considerar que AFAIDEN no acreditaba la solvencia económica y financiera, en tanto que no justifica un mínimo con medios propios.

Además, 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 las cantidades contenidas en las distintas declaraciones del impuesto de la renta de las personas físicas anteriormente mencionadas, que presentó para acreditar la solvencia económica y financiera integrándose con estos medios externos, y teniendo en cuenta que no se pueden computar los ingresos derivados de los rendimientos del trabajo realizados por cuenta ajena de G.J.G. y A.J.G., dado que no son fruto de una actividad económica propia, la cantidad total acreditada ascendería a 471.931,48 euros volumen anual de negocios para el año 2019 considerablemente inferior al exigido que como se ha mencionado asciende a 619.444 euros. Por lo que en definitiva, a juicio de este Tribunal queda claro que la entidad no acreditó la solvencia económica y financiera por lo que procede la desestimación de la pretensión principal.

La recurrente viene a cuestionar la forma en que la mesa de contratación le solicita la acreditación de la solvencia económica y financiera. Sin embargo, se ha de precisar 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».*

En este sentido, la entidad recurrente solicita como pretensión subsidiaria que este Tribunal anule la exclusión y retrotraiga las actuaciones para que la mesa de contratación le realice un nuevo requerimiento en el que se concrete la documentación que tendría que aportar para acreditar la solvencia económica y financiera exigida.

Sobre lo anterior, se debe tener en cuenta que la mesa de contratación le hizo a AFAIDEN un primer requerimiento con relación a la documentación previa a la adjudicación. En respuesta, la recurrente presentó un documento relativo a la solvencia económica y financiera, donde no hace referencia a que sea una entidad de nueva creación, ni realiza mención al artículo 86.1. de la LCSP y en el que la entidad procede a integrar totalmente su solvencia con los medios de otras entidades, con los que tampoco alcanza el volumen anual de negocios exigido en el PCAP para acreditar la solvencia económica y financiera. Posteriormente, en sede de subsanación presenta determinada documentación relativa a la entidad FISIOTERAPIA DE ALMERIA, S.L.

En este sentido, el requerimiento de subsanación de documentación de la mesa de contratación indica que a la vista de la documentación aportada no queda acreditado el volumen anual de negocios requerido para acreditar la mencionada solvencia que es, en definitiva, el defecto que detecta, sin que la mesa conociera en ese momento que la ahora recurrente era una empresa de nueva creación -circunstancia puesta ahora de manifiesto en el recurso- ni tuviese que indicarle la documentación a aportar para acreditar el nivel de solvencia exigido en el pliego, habiendo aquella acudido a integrar la citada solvencia con los medios de otras entidades y resultando,



como ya se ha señalado, que aun computando los medios externos aportados -en los términos anteriormente argumentados- tampoco alcanza el umbral mínimo requerido de volumen anual de negocios.

En consecuencia, no procede ahora concederle un nuevo requerimiento para que aporte documentación tendente a acreditar los niveles de solvencia exigidos en el pliego, debiendo desestimarse asimismo la pretensión subsidiaria del recurso.

Finalmente, la recurrente realiza alusiones en su escrito a los requerimientos practicados a otras entidades durante el procedimiento y considera que se ha vulnerado la doctrina de los actos propios. Sobre esta cuestión el órgano de contratación manifiesta en su informe que las alusiones hechas a los requerimientos practicados a otras entidades, se refieren a circunstancias que no son coincidentes con las de la oferta de la recurrente. Asimismo, afirma que 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. Sobre lo anterior, procede manifestar que para vulnerar el principio de igualdad, que viene a cuestionar AFAIDEN, tendría que concurrir igual situación que la de la recurrente en otro licitador y haber actuado de modo distinto la mesa de contratación, supuesto de hecho que no se da en el presente caso.

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

#### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ASOCIACIÓN FISIOTERAPIA DE ALMERÍA PARA LA INVESTIGACIÓN Y EL DESARROLLO DE LA NEUROBIOTECNOLOGÍA (AFAIDEN)**, 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 1.C.2. El Ejido, 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 17 de junio de 2021, respecto del lote 1.C.2. El Ejido.

**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.

