Recurso 537/2021
Resolución 4/2022

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

Sevilla, 14 de enero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INTERACTUA, CENTRO DE ATENCIÓN TEMPRANA Y DESARROLLO INFANTIL, PREVENCIÓN Y TRATAMIENTO, S.L.**, contra la exclusión 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.B.3. Almería (específico TEA), 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 cuadragésimo cuarta sesión celebrada el 4 de noviembre de 2021, la mesa de contratación acordó excluir a la entidad INTERACTUA, CENTRO DE ATENCIÓN TEMPRANA Y DESARROLLO INFANTIL, PREVENCIÓN Y TRATAMIENTO, S.L., (en adelante la INTERACTUA) respecto del lote 1.B.3. al no haber subsanado la documentación previa a la adjudicación requerida. El acuerdo fue remitido a la recurrente publicado en el perfil de contratante el 5 de noviembre de 2021.

SEGUNDO. El 25 de noviembre de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por INTERACTUA contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 4 de noviembre de 2021, por el que se la excluye del procedimiento de licitación respecto del lote 1.B.3. 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 diciembre de 2021, este Tribunal acordó adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento solicitada por la recurrente, respecto al lote 1.B.3.

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 la ASOCIACIÓN ALTEA.

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 a 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 4 de noviembre de 2021 y fue remitido a la recurrente y publicado en el perfil de contratante el 5 de noviembre de 2021. Por tanto, aun computando el plazo desde la remisión del acto impugnado, el recurso presentado en el Registro de este Tribunal el 25 de noviembre 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 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 cuadragésimo cuarta, de 4 de noviembre de 2021, 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 INTERACTUA 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 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 cuadragésima 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: *«4. No aporta el certificado de depósito de las cuentas de 2018 presentadas en el Registro Mercantil. Podrá, no obstante, si lo considera, aportar las cuentas aprobadas correspondientes a los ejercicios de 2017 ó 2019 acompañadas de su correspondiente certificado de depósito».*

La mesa de contratación, según figura en el acta de la cuadragésimo cuarta sesión, a la vista de la documentación presentada por la recurrente en sede de subsanación, manifiesta lo siguiente con relación a la subsanación del punto 4 anteriormente reproducido:
«En relación al punto 4, aporta certificado de depósito de cuentas de 2019 en el Registro Mercantil y asiento de presentación de las cuentas de 2018 en el Registro, que ya constaba en el expediente. Asimismo, aporta certificado de la Agencia Estatal Tributaria en relación al importe neto de la cifra de negocios de 2021. Conforme al requerimiento practicado, debió aportar el depósito de las cuentas de 2018, al ser estas las cuentas aprobadas presentadas a fin de acreditar el volumen de negocio, o bien, dado que ha aportado el depósito de cuentas de 2019, debió acompañar las cuentas anuales aprobadas de 2019. Debido a lo expuesto, la documentación presentada por la entidad no acredita de manera clara y suficiente la solvencia económica y financiera conforme a lo establecido en el PCAP. Circunstancia motiva su exclusión de la licitación.».

En consecuencia y como se ha indicado la mesa de contratación, en su sesión de 4 de noviembre de 2021, acuerda la exclusión 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.

Con fecha 11 de noviembre de 2021, la recurrente presentó solicitud ante el órgano de contratación en la expone que por un error humano fácilmente subsanable no presentó la documentación por la que es excluida, actuación de la mesa de contratación que a su juicio fue excesivamente rigorista, en tanto que -manifiesta- el depósito de las cuentas anuales es público y puede ser consultado por la propia mesa de contratación. Además, indica que la propuesta de adjudicación a favor de la ASOCIACIÓN ALTEA no resulta adecuada teniendo en cuenta lo exigido en el PCAP dado que la mencionada asociación carece de instalaciones en la zona correspondiente al lote 1.B.3. A la mencionada solicitud adjunta el depósito de las cuentas en el Registro Mercantil correspondiente al año 2018 y solicita que sea admitida la mencionada documentación y que se tenga por acreditada la solvencia económica y financiera exigida de conformidad con el PCAP.

El 23 de noviembre de 2021, tuvo lugar la cuadragésimo quinta sesión de la mesa de contratación en la que se procede al análisis de la solicitud presentada por INTERACTUA, sobre esta cuestión consta en el acta levantada al efecto: *«A lo expuesto en primer lugar, el error en la presentación de la documentación, esta mesa no puede retrotraer sus actuaciones en contra del principio de igualdad de trato entre las personas licitadoras, en un procedimiento de concurrencia competitiva con un elevado número de éstas. En relación a lo segundo, esta mesa actuará de la misma forma y con el mismo rigor hasta la fecha, en el examen de la documentación previa a la adjudicación solicitada a la citada asociación y adoptará los acuerdos que en función de ello correspondan».*

Pues bien, la recurrente se alza contra la exclusión argumentando, en síntesis, lo siguiente:
- Manifiesta que presentó toda la documentación que le fue solicitada y que como consecuencia de, según califica, un error humano fácilmente subsanable aportó el certificado del depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio de 2019, en lugar del correspondiente al 2018, que a su juicio no debió conducir a la exclusión. Además, argumenta que posteriormente sí se presentó la documentación requerida dirigida al órgano de contratación junto con un documento explicativo sobre el error padecido.
- Que, en cualquier caso, afirma, el hecho de que haya presentado el depósito de las cuentas del 2019 implica que las del año 2018 se hallan depositadas correctamente, ya que no es posible realizar la presentación de cuentas sin constar debidamente depositadas las del año anterior. Además, manifiesta que el ejemplar de las cuentas anuales correspondientes a 2018 que presentó INTERECTUA en el procedimiento de licitación se encontraba sellado en todos sus folios por el Registro Mercantil de Almería, por lo que -a su juicio- teniendo en cuenta las dos circunstancias expuestas queda acreditado que las cuentas del ejercicio de 2018 se encontraban correctamente depositadas en el Registro Mercantil, situación que en cualquier caso -concluye- la propia mesa de contratación pudo haber comprobado, dado que tras el depósito de las cuentas las mismas adquieren publicidad.
- La recurrente finalmente, realiza una manifestación en su solicitud de medidas cautelares indicando que la entidad propuesta como adjudicataria la ASOCIACIÓN ALTEA carece de instalaciones en la zona correspondiente a lote 1.B.3. por lo que de continuar el procedimiento el mismo debe quedar desierto.

Por lo anterior, la recurrente solicita la anulación el acuerdo impugnado y que se tenga por acreditada su solvencia económica y financiera y que se proceda a la adjudicación del expediente.

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, la entidad interesada ASOCIACIÓN ALTEA se opone 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.

En concreto, respecto a la alegación de la recurrente sobre la ubicación del centro de la ASOCIACIÓN ALTEA, esta argumenta que tiene un centro registrado con *«NICA 55600»* en el municipio de Huércal de Almería (Calle del Pueblo S/N, 04230) que se encuentra situado geográficamente en el centro de la provincia. Indica, que este municipio forma parte de la Aglomeración Urbana de Almería que fue aprobada por Decreto 351/2011, de 29 de Noviembre, por el que se aprobó el Plan de Ordenación del Territorio de la Aglomeración Urbana de Almería (BOJA nº 2, de 4 de enero de 2012). Además, argumenta que en el anexo X del PCAP no se establecen restricciones por código postal para el lote 1.B.3. por lo que la mesa de contratación no puede establecer un requisito añadido no previsto en el pliego por lo que -a su juicio-no cabe la exclusión de su oferta.

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, 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».

Como anteriormente se ha indicado, tras el requerimiento por la mesa de contratación de la documentación previa a la adjudicación, respecto del lote 1.B.3., esta detecta, entre otras cuestiones, que no aporta el asiento del depósito de las cuentas del año 2018 en el Registro Mercantil, por lo que le solicita que subsane esta documentación o que presente las cuentas aprobadas del año 2017 o 2019 junto con su correspondiente depósito. Sin embargo, INTERACTUA al presentar la documentación comete un error -que ella misma reconoce- y presenta el asiento correspondiente al depósito de las cuentas del ejercicio de 2019, motivo por el que finalmente la mesa de contratación acuerda la exclusión.

Pues bien, como se ha indicado, la recurrente considera que la no presentación de la documentación se debió a un error humano fácilmente subsanable y que la exclusión por este motivo resulta desproporcionada. Argumenta, que en un momento posterior a su exclusión sí presentó la documentación solicitada y que en cualquier caso la presentación del depósito en el Registro Mercantil de las cuentas correspondientes al ejercicio 2019 implica que estuvieran correctamente presentadas de forma previa las del 2018 y que además las cuentas de pérdidas y ganancias presentadas correspondientes al año 2018 estaban selladas por el Registro Mercantil de Almería. Finalmente, argumenta que el correcto depósito pudo ser comprobado directamente por la propia mesa de contratación, dado que la información del Registro Mercantil es pública.

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» .*

En este sentido la propia recurrente reconoce que no presentó la documentación solicitada en sede de subsanación, si bien considera que de diversas maneras la mesa de contratación pudo haber supuesto que las cuentas correspondientes al ejercicio de 2018 estaban debidamente depositadas, es decir, que de alguna forma trata de trasladar su falta de diligencia -al no presentar el documento solicitado- a la mesa de contratación a la que le exige que haga un ejercicio de deducción dando por hecho una información que no figura de forma expresa en la documentación aportada o que supla la omisión de documentación mediante la consulta en el Registro Mercantil, lo que supondría la conculcación del principio de no discriminación e igualdad de trato entre licitadores al otorgarle un trato de favor respecto de otros licitadores que sí presentaron la documentación solicitada de forma correcta.

En definitiva, las consecuencias de la falta de subsanación de la documentación previa a la adjudicación en el plazo concedido para ello quedan establecidas en la propia cláusula 10.7. del PCAP prevé que *«Si en el plazo concedido no procede a la subsanación de la documentación, será excluida del procedimiento de adjudicación»*, por lo que, efectivamente, la falta de subsanación de la documentación en el plazo concedido para ello debe conllevar a la exclusión del procedimiento de adjudicación.

La recurrente manifiesta que el error que cometió era fácilmente subsanable y que posteriormente a su exclusión, el 11 de noviembre de 2021, presentó un escrito explicando el error padecido al que adjunta la documentación justificativa del depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio 2018 en el Registro Mercantil.

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 8 de octubre de 2021. En este sentido figura en el expediente remitido a este Tribunal tanto el requerimiento como la documentación presentada por la recurrente. Por tanto, queda claro que la mesa de contratación concedió un plazo de subsanación a la recurrente, como ha quedado recogido en los antecedentes de esta resolución.

Como se ha indicado, la recurrente viene considerar que la mesa de contratación debió aceptar la documentación que presentó el 11 de noviembre de 2021. Pues bien, en cuanto a la posibilidad de la mesa o del órgano de contratación de solicitar una nueva subsanación o de admitir una documentación una vez finalizado el trámite de subsanación, se ha de partir de que el PCAP en su clausula 10.7, como anteriormente se ha reproducido, 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 aceptar la documentación presentada tras el trámite de subsanación como medida más proporcional y/o equilibrada, antes de proceder a la exclusión, 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, cuando se omite la presentación de un documento cuya exigencia queda claramente establecida en el PCAP, 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 del recurso.

Finalmente, respecto de las alegaciones de la recurrente en la petición de adopción de medida cautelar con relación a la falta del cumplimiento de los criterios de selección de solvencia técnica o profesional establecidos en el anexo XV del PCAP respecto de la oferta de la ASOCIACIÓN ALTEA propuesta como adjudicataria, este Tribunal concluye que no procede realizar ninguna consideración; por un lado, porque es una alegación contenida en la solicitud de medidas cautelares y no en el propio cuerpo del recurso y porque, en cualquier caso, es un extremo no acreditado por la recurrente y que, en última instancia, habrá de constatarse por la mesa o el órgano de contratación y no por este Tribunal que como se ha destacado en reiteradas ocasiones (valga por todas una de las primeras resoluciones, la 62/2012, de 29 de febrero y una de las últimas, la 143/2021, de 15 de abril), tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, en el marco de lo dispuesto en el artículo 57 de la LCSP, sin que, pueda sustituir la competencia propia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación.

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 **INTERACTUA, CENTRO DE ATENCIÓN TEMPRANA Y DESARROLLO INFANTIL, PREVENCIÓN Y TRATAMIENTO, S.L.**, contra la exclusión 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.B.3. Almería (específico TEA), 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 diciembre de 2021, respecto del lote 1.B.3. Almería (específico TEA).

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.