Recurso 582/2021
Resolución 83/2022

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

Sevilla, 4 de febrero de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por la **ASOCIACIÓN PARA LA ATENCIÓN DE PERSONAS CON NECESIDADES SOCIO-EDUCATIVAS ESPECIALES (AFANAS EL PUERTO Y BAHÍA)**, contra la resolución, de 16 de junio de 2021, por la que se declara desierto el 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 2.D.5. El Puerto de Santa María, 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 PARA LA ATENCIÓN DE PERSONAS CON NECESIDADES SOCIO-EDUCATIVAS ESPECIALES (en adelante AFANAS o la recurrente), respecto del lote 2.D.5. El acta fue publicada en el perfil de contratante el 12 de mayo de 2021.

El 16 de junio de 2021, el órgano de contratación dictó resolución en la que acuerda declarar desierto el procedimiento y se recoge la previa exclusión de la oferta de la recurrente, todo ello, respecto del lote 2.D.5. Dicha resolución fue notificada a la recurrente el mismo 16 de junio y publicada en el perfil de contratante el 17 de junio.

SEGUNDO. El 6 de julio de 2021, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación escrito de recurso denominado potestativo de reposición interpuesto por AFANAS contra la citada resolución, de 16 de junio, por la que se declara desierto el procedimiento respecto del lote 2.D.5.

El mencionado escrito de recurso así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución fue recibido por este Tribunal tras su remisión por el órgano de contratación.

La Secretaría del Tribunal no concedió plazo de alegaciones dado que la recurrente es la única entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación al lote 2.D.5.

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 objeto de licitación es 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.

Asimismo, aun cuando el acto impugnado es la resolución declarando desierta la licitación respecto del lote 2.D.5., al tratarse de un acto finalizador del procedimiento de adjudicación es equiparable, a efectos del recurso especial, a la adjudicación. En tal sentido se viene pronunciando de modo reiterado y constante este Tribunal (v.g. Resoluciones 49/2018, de 23 de febrero y 35/2019, de 14 de febrero entre otras muchas) y el resto de Órganos de revisión de decisiones en materia contractual. Por tanto, el recurso presentado es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

Por otro lado, respecto al escrito de recurso que la recurrente denomina escrito de recurso de reposición y no de recurso especial en materia de contratación, este Tribunal concluye que esta última es la calificación jurídica adecuada y como tal debe tramitarse y resolverse, de conformidad con lo previsto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), norma de aplicación por remisión del artículo 56.1 de la LCSP, que dispone que: *«El error o la ausencia en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter»,* por lo que procede el recurso especial pese a la calificación jurídica errónea de recurso de reposición que utiliza la recurrente.

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, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Actuaciones en el seno del procedimiento.

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) y la posterior declaración del órgano de contratación de desierto el procedimiento respecto del lote impugnado.

Según consta en la documentación remitida a este Tribunal, el 31 de marzo de 2021, tuvo lugar la vigésimo tercera sesión de la mesa de contratación, en lo que aquí interesa respecto de la oferta de la recurrente al lote 2.D.5 se le exige que subsane la documentación presentada en los siguientes términos: *«5. Las cuentas anuales que se han aportado (2017, 2018 y 2019) están aprobadas pero no depositadas en el Registro de Asociaciones, estando la entidad sujeta a dicha obligación por ser una asociación declarada de utilidad pública. Por tanto se le requiere a que aporte la inscripción de éstas en el citado Registro».*

Posteriormente, tuvo lugar, el 10 de mayo de 2021, sesión trigésimo cuarta de la mesa de contratación en la que, respecto al lote 2.D.5. se procede al análisis de la documentación aportada por AFANAS en sede de subsanación. Sobre lo anterior, en el acta queda reflejado lo siguiente: *«En relación al punto 5, se aportan de nuevo las mismas cuentas ya presentadas. No se aporta su depósito en el registro de asociaciones, siendo en este caso obligatorio ya que esta entidad es de utilidad pública de acuerdo a sus estatutos. Por tanto, no se subsana este punto. En base a lo anterior, la Mesa acuerda la exclusión de esta entidad por no subsanar el punto 5 del requerimiento practicado relativo a la acreditación de la solvencia económica».*

En definitiva la oferta presentada por AFANAS fue excluida del procedimiento al no haber acreditado la solvencia económica y financiera en los términos exigidos en el PCAP. La notificación de la exclusión se produjo junto la resolución del órgano de contratación, de 16 de junio de 2021, por la que declara desierto el procedimiento respecto del lote impugnado. Siendo el objeto material de la impugnación el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye su oferta.

2. Alegaciones de las partes.

a) Alegaciones de la recurrente.

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

- Que no aportó la documentación exigida por la mesa de contratación en sede de subsanación dado que no interpretó de forma correcta el requerimiento que esta le realizó.
- Que la redacción del pliego no es clara y que el artículo 87 de la LCSP no exige al referirse a las cuentas anuales *«la obligatoriedad de la presentación de la inscripción de las cuentas anuales, generándonos por tanto, la confusa idea, de que no era necesaria la acreditación de la presentación de las mismas.».*
- Que aunque no aportó el depósito de las cuentas en el plazo concedido, sí disponía de la documentación exigida y que en aplicación del artículo 28.3 de la LPACAP *«"los interesados tienen derecho a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante o hayan sido elaborados por cualquier otra Administración. La administración actuante podrá consultar o recabar dichos documentos salvo que el interesado se opusiera a ello." En virtud de lo establecido en el citado artículo consideramos que la deficiencia debe ser subsanada, ya que la Administración tenía conocimiento de la inscripción de dichas cuentas».*

- Que habiendo aportado la misma documentación la entidad ha sido excluida respecto del lote 2.D.5. y, sin embargo, ha resultado adjudicataria del lote 2.D.6. lo que supone una actuación incongruente del órgano de contratación.

Por todo lo anterior, solicita que se anule el acuerdo impugnado y que se acuerde que no ha lugar a la exclusión de su oferta.

b) Alegaciones del órgano de contratación.

Por otra parte, el órgano de contratación en su informe al recurso argumenta que la oferta de la entidad AFANAS 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. 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: *«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 se ha indicado, la mesa de contratación en el requerimiento efectuado tras la sesión de la mesa de contratación de 31 de marzo de 2021 le solicita a la recurrente, entre otras cuestiones, que aporte la inscripción de las cuentas en el Registro de Asociaciones, dicha exigencia se encuentra amparada en lo dispuesto en el mencionado anexo XIV del PCAP que ha sido anteriormente reproducido.

Sobre lo anterior, 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» .*

Por tanto, queda claro que en el PCAP rector del procedimiento, que vincula a las partes una vez que adquiere firmeza por no ser impugnado, se establece que el volumen anual de negocios se acredita por medio de las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el registro que corresponda, en este caso en el Registro de Asociaciones, asimismo, la propia recurrente reconoce en su escrito que no presentó esta documentación ni en un primer momento ni en sede de subsanación cuando le fue requerido. Sentado lo anterior, se concluye que la mesa de contratación actuó de la forma prevista en la cláusula 10.7 del PCAP que establece que *«Si la persona licitadora presenta la documentación y la Mesa de contratación observase defectos u omisiones subsanables en la misma, lo notificará por medios electrónicos a través de SiREC-Portal de licitación electrónica y lo comunicará a través del perfil de contratante del órgano de contratación, a la persona licitadora concediéndole un plazo de tres días naturales para que los corrija o subsane, presentando la documentación que proceda a través de SiREC-Portal de licitación electrónica».* También establece la citada cláusula las consecuencias de la incorrecta subsanación *«Si*

en el plazo concedido no procede a la subsanación de la documentación, será excluida del procedimiento de adjudicación».

AFANAS argumenta en su escrito, en primer lugar, que no presentó la documentación porque no interpretó de forma correcta el requerimiento. Sin embargo, a juicio de este Tribunal el requerimiento es suficientemente claro en el sentido de que en el mismo se solicita que se presente el depósito de las cuentas anuales en el Registro de Asociaciones, como se puede comprobar de la anterior transcripción del citado requerimiento.

En segundo lugar, la recurrente viene a manifestar que la configuración del pliego no es clara sobre esta exigencia y que el artículo 87 de la LCSP no exige el depósito de las cuentas anuales. Sobre esta cuestión, procede mencionar que la cláusula XIV del PCAP establece claramente la obligación de presentación del depósito de las cuentas para la acreditación de la solvencia económica y financiera en los términos anteriormente reproducidos. Respecto del contenido del artículo 87 de la LCSP, se debe indicar que dicho precepto prevé en su apartado tercero, letra a) lo siguiente: *«El volumen anual de negocios del licitador o candidato 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»*. En definitiva, se concluye que no cabe duda de que se debía presentar el depósito de las cuentas en el Registro de Asociaciones correspondiente para poder acreditar la solvencia económica y financiera exigida, ni el PCAP es oscuro en este aspecto, ni se puede interpretar de otra forma esta cuestión teniendo en cuenta los preceptos legales que la regulan.

A la vista de lo anterior procede la desestimación de ambos motivos de recurso.

Finalmente, la recurrente manifiesta que habiendo participado en la presente licitación presentando oferta a los lotes 2.D.5 -el recurrido- y 2.D.6. en el primero ha resultado excluida por los motivos indicados y que sin embargo respecto del segundo ha resultado adjudicataria habiendo presentado la misma documentación. Denuncia que lo anterior supone una actuación incongruente por parte del órgano de contratación.

Sobre esta cuestión, el órgano de contratación indica en su informe que respecto del lote 2.D.6. las circunstancias que se dieron en la adjudicación se manifestaron en la sesión trigésimo sexta celebrada el 17 de mayo de 2021 -es decir, una vez excluida la oferta de la recurrente respecto del lote 2.D.5.- en el acta levantada al efecto se indica: *«En primer lugar, se advierte error en relación a la entidad AFANAS EL PUERTO Y BAHÍA licitadora a los lotes 2.D.5 EL PUERTO DE SANTA MARÍA y 2.D.6 PUERTO REAL habiendo sido excluida en el primero (acuerdo adoptado en el acta trigésimo cuarta celebrada el día 10 de mayo de 2021) y adjudicataria en el segundo ((acuerdo adoptado en el acta vigésimo quinta celebrada el día 8 de abril de 2021). El motivo de exclusión es la falta de acreditación de la solvencia económica, en particular no se ha aportado el depósito de las cuentas anuales aprobadas en el Registro de Asociaciones, siendo en este caso obligatorio ya que esta entidad está declarada de utilidad pública de acuerdo a sus estatutos. El PCAP establece en relación a la solvencia económica y financiera que deberá acreditarse un volumen de negocios que 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. Por tanto, dicha solvencia es un requisito común a todas las ofertas presentadas. Vuelta a analizar las actas y la documentación aportada en cada uno de los lotes, así como los requerimientos de subsanación practicados, se constata lo siguiente:*
En relación al lote 2.D.6 no consta el depósito de las cuentas ni se ha puesto de manifiesto este extremo a la entidad en ninguno de los requerimientos practicados. Por tanto no se ha acreditado suficientemente la solvencia económica y no debió proponerse para adjudicación al órgano de contratación sin antes haber quedado justificado

este aspecto, en base a lo expuesto, esta Mesa acuerda informar de lo acontecido al órgano de contratación para su actuación en consecuencia y proceder a requerir subsanación a la entidad de la solvencia económica tal y como se ha expresado».

Posteriormente, en sesión cuadragésimo primera celebrada el 8 de junio de 2021, la mesa de contratación a la vista de la documentación aportada por la recurrente en el plazo de subsanación concedido, a estos efectos, acuerda que la entidad acredita debidamente la solvencia económica y financiera.

De lo anterior, este Tribunal considera que no se dieron las mismas circunstancias respecto a ambos lotes, dado que como se ha podido comprobar la mesa de contratación requirió respecto del lote 2.D.5., desde un primer momento, que las cuentas anuales estuvieran inscritas en el Registro de Asociaciones, por lo que a la vista de la falta de subsanación de la documentación solicitada en el plazo concedido la mesa debía excluir la oferta en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 10.7. del PCAP, como se ha tenido la ocasión de analizar anteriormente. Sin embargo, respecto del lote 2.D.6 la propia mesa de contratación detecta que en los requerimientos realizados ha omitido en concreto -que se debían aportar las cuentas anuales inscritas en el registro correspondiente y, por tanto, en el momento en el que la mesa detecta el error le da una nueva oportunidad a AFANAS para que la presente y pueda acreditar correctamente el cumplimiento de los requisitos previos. En este sentido, se concluye que son dos circunstancias distintas y que por tanto la mesa de contratación no ha actuado de forma incongruente. En conclusión, procede también la desestimación de este motivo de recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN PARA LA ATENCIÓN DE PERSONAS CON NECESIDADES SOCIO-EDUCATIVAS ESPECIALES (AFANAS EL PUERTO Y BAHÍA)**, 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 2.D.5. El Puerto de Santa María, convocado por la Consejería de Salud y Familias.

SEGUNDO. 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.