Recurso 170/2022
Resolución 277/2022

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

Sevilla, 20 de mayo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERVICIOS ESPECIALIZADOS EN DISTRIBUCIÓN ARTÍSTICA, S.L.** contra la adjudicación del contrato denominado "Representación pública del espectáculo a realizar en el programa «FESTIVAL LORCA Y GRANADA EN LOS JARDINES DEL GENERALIFE»" promovido por la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, entidad adscrita a la Consejería de Cultura y Patrimonio Histórico (Expte. CONTR 2022 0000130633), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 1 de marzo de 2022 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. En dicha fecha los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores a través del citado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 322.644,63 euros.

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.

Tras la tramitación del correspondiente procedimiento de adjudicación, el 12 de abril de 2022 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato a la entidad DANZA LIÑÁN, S.L., que fue publicada el mismo día en el perfil de contratante.

SEGUNDO. El 3 de mayo de 2022, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad SERVICIOS ESPECIALIZADOS EN DISTRIBUCIÓN ARTÍSTICA, S.L. (SEDA, en adelante) contra la adjudicación del contrato.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación, recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, posteriormente, fue recibida en este Tribunal.

El 12 de mayo de 2022, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento oncediéndoles un plazo de cinco días hábiles para alegaciones, habiéndolas formulado la entidad adjudicataria.

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

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros y ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, 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 1a) y 2c) de la LCSP.

No pueden prosperar los alegatos del órgano de contratación y de la entidad interesada en sus respectivos escritos de que estamos ante un contrato privado de los previstos en el artículo 25.1 a) de la LCSP y por tal razón, no contemplado en el artículo 44 de la LCSP. El primero manifiesta en tal sentido que *«Del tenor literal del artículo 44.1 de la LCSP, se desprende que se limita el ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación a los contratos de obras, servicios o suministro, acuerdo marco y concesión de servicios, que superen el umbral económico establecido».*

Pues bien, el artículo 25.1 a) de la LCSP reconoce el carácter privado de los contratos de servicios, celebrados por una Administración Pública, que tengan por objeto *«la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6»*.

El contrato aquí analizado es de carácter privado según lo dispuesto en el precepto legal mencionado, pero ello no supone negar su naturaleza de contrato de servicios. De hecho el artículo 25.1 del texto legal se refiere expresamente a contratos de servicios de naturaleza privada en su apartado a).

El órgano de contratación y la adjudicataria interesada parecen interpretar que la categoría del contrato de servicios está reservada para los contratos de carácter administrativo o, al menos, que los contratos de servicios sujetos al recurso especial solo son los de naturaleza pública. Pero tal interpretación no se infiere de ningún precepto de la LCSP y menos de su artículo 44.1; precepto que sujeta al recurso especial, en lo que aquí interesa, los contratos de servicios que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores, cuyo valor estimado sea superior a cien mil euros.

De seguir la tesis del órgano de contratación y de la adjudicataria, también estarían excluidos del recurso especial todos los contratos de servicios celebrados por poderes adjudicadores que no reúnan la condición de Administración Pública, pues dichos contratos también son privados conforme a lo dispuesto en el artículo 26.1

b) de la LCSP. Si así fuere, no tendría sentido que el artículo 44 sujetare al recurso especial los contratos de servicios celebrados por poderes adjudicadores sin la condición de Administraciones Públicas con valor estimado superior a cien mil euros.

En definitiva, el contrato de servicios aquí analizado tiene naturaleza privada pero se halla sujeto al recurso especial conforme al artículo 44.1 a) del texto legal contractual.

CUARTO. Plazo de interposición.

El artículo 50.1 de la LCSP establece que: *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*
(...)
d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento».

En el supuesto examinado, el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal, aunque computáremos el mismo desde la fecha del dictado del propio acto impugnado.

QUINTO. Fondo del asunto: sobre el alegato de que la resolución de adjudicación infringe los artículos 139.2 y 146.2, ambos de la LCSP y el Anexo VII del pliego de cláusulas administrativas particulares al no haberse excluido a la entidad adjudicataria que incluye en el sobre 2 referencias que debían figurar en el sobre 3.

I. Alegaciones de la recurrente.

SEDA solicita la anulación de la adjudicación y la retroacción del procedimiento al momento en que deba proponerse la adjudicación del contrato a SEDA. Funda esta pretensión en varios motivos, comenzando en este fundamento de derecho con el examen del primero. Para ello hemos de partir de la redacción de los pliegos rectores del contrato y en concreto de los siguientes contenidos:

1. El Anexo VII del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), denominado *«Sobre electrónico nº2.- Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor»,* se refiere a la siguiente documentación:

«1. PROPUESTA ARTÍSTICA (ESPECTÁCULO):
• Título de la propuesta artística (espectáculo).
• Género y/o modalidad.
• Duración.

2. TEXTO RESUMEN:
Resumen de siete (7) líneas (600 caracteres) que comunique la esencia de la propuesta artística (espectáculo).

3. FICHA ARTÍSTICA:

A.- Descripción de la propuesta artística (espectáculo):

-Descripción de la propuesta artística (espectáculo).
-Descripción de la puesta en escena, vestuario, etc.
-Descripción de la danza, baile, flamenco, música.
-Productores, coproductores, otros, etc.
-Teaser, video o audio u otro soporte de la propuesta artística (espectáculo) si lo hubiera.
-Otra información que considere de relevancia.

B.- Biografías/dossier de prensa/fotografías:
Adjuntar biografías de lo/as intervinientes en la propuesta artística (espectáculo), información en prensa de espectáculos llevados a cabo por el/la artista/compañía y fotografías relevantes de los mismos.

4. FICHA TÉCNICA
Descripción técnica de la propuesta artística (espectáculo).

Nota: En ningún caso la persona licitadora incluirá en la documentación del sobre número 2, referencia alguna ni documentación que deba incluirse en el sobre número 3, siendo causa de exclusión, si así lo hiciera.».

2. Asimismo, el Anexo VIII del PCAP, bajo el título *«Sobre electrónico nº3.- Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas»*, se refiere a la siguiente documentación:

«1. Proposición económica. La proposición, debidamente firmada y fechada, deberá ajustarse al modelo que figura en el anexo X del presente pliego.

2. Propuesta artística (espectáculo) relacionada o inspirada en la celebración del Centenario del Primer Concurso de Cante Jondo 1922.»

3. Finalmente, el Anexo X del PCAP, denominado *«Criterios de adjudicación y baremos de valoración»*, en síntesis, establece los siguientes:

A) Criterios sujetos a juicio de valor: máximo de 75 puntos.
1. Valor artístico y técnico de la propuesta artística /espectáculo): de 0 a 35 puntos.
2. Adecuación artística y técnica de la propuesta artística (espectáculo) a las características y valores del ideario estético y formal del programa "Festival Lorca y Granada en los Jardines del Generalife" y del Conjunto Monumental de la Alhambra y Generalife, expresados en el pliego de prescripciones técnicas de la convocatoria: de 0 a 20 puntos.
3. Innovación y apuesta por la contemporaneidad creativa y/o escénica y su proyección nacional e internacional: de 0 a 15 puntos.
4. Sensibilización en la igualdad de género: De 0 a 5 puntos.

B) Criterios de evaluación automática: máximo 25 puntos.
1. Proposición económica: de 0 a 10 puntos.
2. Propuesta artística (espectáculo) relacionado o inspirado en la celebración del centenario del Primer Concurso de Cante Jondo 1992: 15 puntos.

La recurrente esgrime que la oferta presentada por la adjudicataria incluye, en la documentación del sobre 2, la propuesta artística (espectáculo) relacionada o inspirada en la celebración del centenario del primer concurso de

Cante Jondo 1922 que es información que debe estar en el sobre 3 y pese a ello, no ha sido excluida de la licitación; motivo por el que la resolución de adjudicación es contraria al ordenamiento jurídico y debe ser anulada. Estima que se han vulnerado con ello los artículos 139.2 y 146.2, ambos de la LCSP, así como los artículos 26 y 30 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo; infringiéndose el secreto de las proposiciones y menoscabando la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores.

II. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación manifiesta que no puede excluirse automáticamente la oferta que incluya en el sobre 2 documentos que corresponden al sobre 3. Ha de probarse que el documento introducido por error ha tenido influencia en las valoraciones y ha contaminado a la mesa de contratación.

Asimismo, señala que el apartado 2.1 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) señala que *«El espectáculo prioritariamente ha de ser y estar arraigado o inspirado en el universo creativo y/o estético de Federico García Lorca: obras teatrales, poéticas, musicales, prosa, conferencias, epistolario o temáticas, símbolos o metáforas claves en su producción e ideario estético y vital, así como en sus relaciones y amistades artísticas y creativas con otro/as autores/as de las diversas generaciones de autores/as con las que convivió (especialmente, la Generación española del 27) o aquellas materias que fueron objeto de su estudio o investigación (literarias, folclóricas, musicológicas, flamencológicas, etc.). En concreto, y para la 21 edición del Programa dedicada a conmemorar el centenario del Primer Concurso de Cante Jondo de 1922, se estimarán especialmente aquellas propuestas artístico- escénicas que guarden relación o inspiradas en dicha conmemoración y que revelen la especial ligazón entre el flamenco, la música, el baile o la danza y la obra, materias, temáticas, símbolos, etc. de Federico García Lorca citados anteriormente.»*

El órgano de contratación afirma que *«al exigir el pliego de cláusulas administrativa, anexos VII y X, que en el sobre II se realice la definición de la propuesta artística, y al remitirse los criterios de valoración de la propuesta artística a la adecuación de la propuesta al programa "Lorca y Granada", definido en las prescripciones técnicas, los licitadores han incluido en el sobre II la referencia al concurso de cante jondo de 1922.*
(...)
Todos los licitadores, a excepción del recurrente, que basan su espectáculo en el Primer Concurso de Cante Jondo, indican esta circunstancia en el sobre II y ninguno de ellos ha sido excluido.
(...)
El que todas las entidades citadas aludan en el sobre II al concurso de Cante Jondo, pone de manifiesto que no se ha vulnerado el principio de igualdad y objetividad con todos los licitadores. Se ha favorecido la libre concurrencia.

Analicemos también la propuesta artística presentada en el sobre II por el recurrente, SERVICIOS ESPECIALIZADOS EN DISTRIBUCIÓN ARTÍSTICA S.L., puesto que en la misma también se incluyen referencias inequívocas de que el espectáculo también está relacionado o inspirado en el Primer Concurso de Cante Jondo 1922.

El espectáculo se llama Jondo. No hay ninguna obra de Federico García Lorca que lleve tal nombre, que indudablemente evoca al Concurso de Cante JONDO. La obra se compone de cinco cuadros y un epílogo. Los cinco cuadros son Rosita, Don Perlimplin, Mariana Pineda, Adela y Director. Es claro que se refiere cada cuadro a las obras Doña Rosita la Soltera, Los amores de don Perlimplin y Melisa en su jardín, Mariana Pineda, La casa de Bernarda Alba y a la vida del propio Federico. Termina la obra con un epílogo, llamado también Jondo (...), referido como ya dije al concurso de cante Jondo.
(…)

Esto es, el epílogo se llama Jondo, se basa en el cante, es la primera vez vivida, es una fiesta con olés, organizada por un grupo de compañeros que entienden a Lorca. Indudablemente, se está refiriendo al Concurso de cante jondo de 1922.

En la página 19, hay otra referencia indudable al concurso de cante jondo de 1922. Dice así: "El afán de Federico García Lorca por no perder las tradiciones populares, y especialmente el cante andaluz, nos descubre que fue uno de los primeros en entender el cante y lo que aporta al baile, un paso cuantitativo hacia la vanguardia, cómo su ciudad respeta hasta su profundo deber para todo lo relacionado en él."

En el folio 33, hay otra referencia al concurso de cante JONDO: "El cante jondo para expresar lo profundo era utilizado por hombres y mujeres en sintonía con los poemas y sinfonías que acordaban sobre la marcha. Apartaba sus preocupaciones, sus injusticias y sus experiencias internas, mientras cantaban en aquellos cafés duros, como forma y medio de vida, pero también como grito liberador

En conclusión, se deduce en el sobre II del recurrente que el final de la obra, llamada JONDO, basado en el cante jondo popular, se relaciona y está inspirada en el concurso de cante JONDO.».

En definitiva, el órgano de contratación estima que el PCAP contempla que se cite la referencia al Concurso de Cante Jondo de 1922 tanto en el sobre 2 como en el sobre 3, entendiéndolo así los licitadores; y concluye que, si se consideraba que ello podía provocar contaminación a la hora de valoración de las ofertas, los pliegos debieron ser impugnados pero todos los licitadores se han aquietado a su contenido, sin que quepa impugnar indirectamente aquellos una vez dictada la resolución de adjudicación conforme a los mismos.

III. Alegaciones de la adjudicataria.

La entidad interesada se opone al motivo del recurso esgrimiendo argumentos similares a los del órgano de contratación con cita de resoluciones de órganos administrativos de recursos contractuales y de diversas sentencias. Viene a razonar que la exclusión de un licitador que haya incluido información en un sobre diferente al que corresponde no es automática, debiendo comprobarse si tal actuación ha vulnerado de forma efectiva el secreto de su oferta y si con ello se ha menoscabado la objetividad en la valoración de las proposiciones con arreglo a los criterios sujetos a juicio de valor. Sostiene, además, que la evaluación de las ofertas conforme a estos se ha efectuado por un comité de expertos que es un órgano distinto a la mesa de contratación (órgano que ha valorado las proposiciones conforme a los criterios de evaluación automática).

IV. Consideraciones del Tribunal.

Pues bien, expuestas las alegaciones de las partes, este Tribunal debe efectuar sus consideraciones sobre la cuestión debatida. No parece suscitar controversia entre las partes el hecho de que la oferta adjudicataria ha incluido datos y/o información del sobre 3 en el sobre 2; concretamente, en relación con el criterio de evaluación automática *«Propuesta artística (espectáculo) relacionado o inspirado en la celebración del centenario del Primer Concurso de Cante Jondo 1992»* valorado con 15 puntos. En este sentido, basta con leer las siguientes referencias que se resaltan en el recurso, relativas a inclusiones realizadas por la adjudicataria en el sobre 2 (inclusiones que asimismo ha comprobado este Tribunal examinando la citada oferta):

- Página 4: "Espectáculo de gran formato con 18 artistas en escena que nos trae el Universo Lorca por medio del Concurso de Cante Jondo de 1922."

- Página 6: “Punto de partida: El cartel del Concurso de Cante Jondo 1922.”
- Página 7: “El motivo y el impulso de este centenario […] El concurso de 1922 […] EL CARTEL DEL CONCURSO DE CANTE JONDO DE 1922, diseñado por Zuloaga”.
- Página 11: “CARTEL INSPIRACIÓN”. En el citado cartel hay referencias escritas al Concurso de Cante Jondo de 1922.
- Página 12: “Concurso 1922”.
- Página 13: “El mural escénico como monumento a la memoria histórica colectiva situada en Granada, 1922, durante la Celebración del Concurso de Cante Jondo […] Aquellos aficionados y profesionales de 1922”.
- Página 19: “Con la finalidad de apoyar nuevos valores y brindarles posibilidades (como pretendían en el Concurso)”.
- Página 21: “Además, nos inspiraremos en la obra de Lorca con el Poema del Cante Jondo, en la de Falla y en parte del registro de intérpretes y músicas que transcurrieron durante el Concurso de 1922”.

Constatada tal inclusión, procede citar la doctrina que este Tribunal tiene establecida en la materia. Así, por todas, se cita como una de las más recientes la Resolución 398/2021, de 21 de octubre, en la que señalábamos lo siguiente:

> *«Es un dato no controvertido que en el sobre 2 la recurrente mencionó un plazo de garantía de dos años, por lo que anticipó en el meritado sobre información que solo debía obrar en el sobre 4 y con ello propició que se conociera, con ocasión de la valoración de la oferta con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor, aspectos de la misma sujetos a evaluación automática, quebrantando la previsión legal (artículo 146.2 de la LCSP) tendente a garantizar la objetividad e imparcialidad en el proceso de valoración de las ofertas.*
>
> *En el supuesto analizado, ante la evidencia de los hechos, la exclusión debe operar sin fisuras porque es el propio órgano técnico evaluador quien advierte, cuando está en pleno proceso de valoración de las ofertas con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor, que LORCA ha anticipado información del sobre 4 en el sobre 2, y a tales efectos, resulta totalmente indiferente la falta de intencionalidad del licitador o el mero error al cometer esta infracción, pues lo relevante es la consecuencia inevitable de ese proceder inadecuado.*
>
> *El criterio expuesto constituye doctrina reiterada de este Tribunal. Así en nuestra Resolución 199/2021, de 20 de mayo, reproduciendo parcialmente la Resolución 246/2020, de 9 de julio, señalábamos lo siguiente:*
>
> *«Asimismo, este Tribunal tiene asentada una doctrina reiterada sobre la cuestión. Entre otras resoluciones, en la 39/2019, de 19 de febrero, señalábamos que:*
>
> *<<Es sobradamente conocida, por reiterada y constante, la doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales acerca de la obligación legal -antes recogida en el artículo 150.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y ahora en el artículo 146.2 de la LCSP- de separar en sobres distintos la documentación relativa a los criterios sujetos a juicio de valor y la referente a criterios de evaluación automática para de este modo facilitar su evaluación en momentos independientes, evitando el conocimiento de aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas en la fase previa de valoración de aquellos otros aspectos sujetos a*

juicios de valor. La finalidad perseguida por el legislador no es otra que garantizar la imparcialidad y objetividad en el proceso de valoración de las ofertas.

Así, en nuestra Resolución 82/2018, de 28 de marzo, citando la previa 119/2013, de 8 de octubre, se indicaba que "(...) La finalidad perseguida por esta regulación es garantizar la absoluta imparcialidad del proceso de valoración de las ofertas, impidiendo que un conocimiento previo de datos -que deben ser valorados con arreglo a criterios de evaluación automática- pueda influir en la valoración previa de aquellos que dependen de un juicio de valor.

Como viene señalando reiteradamente este Tribunal (Resoluciones 36/2012, de 9 de abril, 59/2012, de 28 de mayo y 81/2012, de 3 de agosto, entre otras), las cautelas legales que se establecen para la valoración de las ofertas conforme a criterios cuantificables mediante un juicio de valor no son meros requisitos formales del procedimiento, sino que tienen por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores. Por ello, el conocimiento previo de documentación relativa a criterios evaluables de modo automático puede afectar al resultado de la valoración de las ofertas con arreglo a los criterios que dependen de un juicio de valor y si ese conocimiento previo afecta, además, a la documentación de uno de los licitadores puede implicar un trato desigual a favor de éste, en perjuicio del resto de licitadores que presentaron su documentación correctamente en los términos exigidos en la ley.".

Quiere decirse, pues, que el mandato legal de separación y valoración en momentos procedimentales diferentes de una y otra documentación, lejos de ser tildado de formalista, responde a la necesidad de preservar la objetividad e imparcialidad en la valoración de las proposiciones, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 1.1 de la LCSP, piedra angular sobre la que se vertebra cualquier licitación pública.

Partiendo de la premisa expuesta, si un licitador infringe aquel mandato, difícilmente podrá repararse, por vía de subsanación, la quiebra de aquellas garantías, por cuanto el conocimiento anticipado que la ley trata de impedir se habrá producido ya de modo inevitable. Como señalamos en la Resolución 218/2018, de 13 de julio, "nos encontramos ante un error insubsanable por su propia naturaleza, en tanto que, desvelado el secreto de las ofertas y conculcado así el artículo 145.2 del TRLCSP, no cabe ya subsanación alguna, puesto que resultan quebrantadas de modo irreparable las garantías de objetividad e imparcialidad que deben regir en el proceso de valoración de las proposiciones y a cuya preservación tiende el artículo 150.2 del TRLCSP.">>

La consecuencia que se impone ante dicha infracción legal no admite modulación y no puede ser otra que la exclusión del proceso selectivo (…)». ».

En el supuesto examinado, es un dato incuestionable que la adjudicataria ha anticipado en el sobre 2 (documentación sobre los criterios sujetos a juicio de valor) datos e información relativa a un criterio de evaluación automática que solo debían figurar en el sobre 3, impidiendo la aplicación de lo dispuesto en el artículo 146.2 de la LCSP *«En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello».*

De este modo, ha proporcionado con el sobre 2 datos de la oferta que debían permanecer secretos hasta la apertura del sobre 3, propiciando la quiebra de las garantías de imparcialidad y objetividad que deben presidir en el proceso de valoración de las proposiciones. El hecho de dar a conocer tales datos anticipadamente puede influir en el juicio de valor que debe realizar el órgano competente -en este caso, el comité de expertos-, sin que haya que probar que tal influencia se ha producido, pues basta la posibilidad de que así sea para entender que se han mermado las garantías de objetividad e imparcialidad.

No obsta a tal conclusión que dicho comité de expertos no sea el órgano que valora posteriormente las proposiciones conforme a los criterios automáticos, puesto que dicho comité debe ser conocedor por los pliegos de cuáles son los criterios de adjudicación del contrato; y ello supone en el caso enjuiciado que ha tenido constancia, al valorar la proposición de la adjudicataria según los criterios sujetos a juicio de valor, de datos de la misma evaluables automáticamente, pudiendo verse afectada por tal motivo su percepción de la oferta y su criterio valorativo respecto a la misma, por mucho que ello se haya querido objetivamente evitar. La consecuencia de esta infracción, una vez constatada su existencia, no admite modulación por lo que procede la exclusión por tal motivo de la proposición adjudicataria.

No pueden ser acogidos ninguno de los argumentos de oposición esgrimidos de contrario; en concreto, no pueden estimarse los del órgano de contratación que exponemos, brevemente, a continuación:

1. Se indica en el informe al recurso que los pliegos contemplan la cita de la referencia al «Concurso de Cante Jondo de 1922» tanto en el sobre 2 como en el sobre 3 y que todos los licitadores, a excepción de la recurrente, basan su espectáculo en el primer concurso de Cante Jondo, indicando esta circunstancia en el sobre 2; si bien ninguno ha sido excluido, favoreciendo así los principios de libre concurrencia, igualdad y objetividad con todos los licitadores.

Tal alegato no puede acogerse. Sin prejuzgar en este momento la adecuación a derecho de los pliegos rectores de esta contratación, lo cierto es que no consta que los mismos hayan sido impugnados ni en su momento procesal oportuno ni indirectamente ahora con ocasión del recurso contra la adjudicación del contrato. Así las cosas, los citados pliegos son ley entre las partes, no pudiendo obviar que el Anexo VII del PCAP es rotundo y claro al afirmar que «*En ningún caso la persona licitadora incluirá en la documentación del sobre número 2, referencia alguna ni documentación que deba incluirse en el sobre número 3, siendo causa de exclusión, si así lo hiciera.»*

El hecho de que todas las licitadoras salvo la recurrente, como señala el órgano de contratación, basen su espectáculo en el primer concurso de Cante Jondo y anticipen en el sobre 2 información del sobre 3 no permite atemperar las consecuencias de dicho incumplimiento de la ley y del propio pliego; pues la igualdad en la ilegalidad no puede ser un criterio subsanador de las infracciones advertidas en las ofertas. Como señala la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2021 (Roj: STS 854/2021 - ECLI:ES:TS:2021:854) *«es jurisprudencia clara y constante que no cabe invocar el principio de igualdad para alcanzar la impunidad. Por decirlo en fórmula condensada, no hay igualdad en la ilegalidad».*

2. Señala, igualmente, el órgano de contratación que también la propuesta artística presentada por la recurrente en el sobre 2 incluye referencias inequívocas de que el espectáculo está relacionado o inspirado en el Primer Concurso de Cante Jondo 1922.

Este Tribunal advierte cierta contradicción en el informe al recurso puesto que el mismo señala justo antes que *«Todos los licitadores, a excepción del recurrente, que basan su espectáculo en el Primer Concurso de Cante Jondo, indican esta circunstancia en el sobre II».* (el subrayado es nuestro)

En cualquier caso, la recurrente sostiene lo contrario en su recurso puesto que afirma que *«SEDA, al presentar su Anexo VII ha respetado la prohibición de incluir en el sobre nº 2 documentación o referencias relativas al sobre nº3, puesto que, en su oferta, en el sobre nº 2 no hay referencia alguna a la celebración del centenario del Primer Concurso de Cante Jondo 1992, lo cual, como se advierte con evidencia, sí sucede con la oferta de la adjudicataria (…)»*.

Pues bien, aunque la ahora recurrente hubiere también incurrido en la infracción que denuncia respecto a la adjudicataria, lo cierto es que el enjuiciamiento de este Tribunal, por aplicación del principio de congruencia consagrado en el artículo 57 de la LCSP, debe atenerse a los motivos esgrimidos en el recurso. En definitiva, el órgano de contratación no defiende la legalidad de la decisión impugnada y se limita a atemperar las consecuencias de la misma aduciendo que hay un incumplimiento generalizado por todos los licitadores, pese a lo cual ninguna oferta ha sido excluida. Volvemos, pues, a reiterar que no cabe invocar la igualdad de trato en la ilegalidad.

Sin perjuicio de lo anterior, aunque el órgano de contratación exponga en su informe al recurso que SEDA también ha incluido referencias inequívocas de que el espectáculo está inspirado en el primer concurso de Cante Jondo, las menciones que dicho órgano destaca de la oferta recurrente -sin prejuzgar en este momento su acierto y validez- no son directamente indicativas de que su propuesta artística (sobre 2) esté relacionada o inspirada en el primer concurso de Cante Jondo 1922. Hay, pues, diferencias entre las citas y datos incluidos en el sobre 2 por la adjudicataria y la recurrente.

Así, pues, con base en todas las consideraciones realizadas el motivo ha de estimarse, lo que determina que la oferta adjudicataria deba ser excluida tal y como prescribe el Anexo VII del PCAP. Asimismo, aunque la concurrencia de una sola causa de exclusión es suficiente para que esta opere, en virtud del principio de congruencia y para dejar zanjada la controversia suscitada procedemos en los siguientes fundamentos de derecho a analizar las demás causas de exclusión esgrimidas por SEDA frente a la entidad adjudicataria.

SEXTO. Fondo del asunto: sobre el alegato de que la documentación de la oferta adjudicataria no consta presentada, en su totalidad, por Danza Liñán, S.L.U. Infracción de la cláusula 9.2.1 del PCAP y de los artículos 140 y 141 de la LCSP, así como de la cláusula 6.2 del PCAP y de los artículos 87 y 90 de la LCSP.

I. Alegaciones de la recurrente.

SEDA sostiene que el Documento Europeo único de Contratación (DEUC) consta presentado por DANZA LIÑÁN S.L.U. y firmado por su representante, M.A.L-, si bien el justificante de presentación de ofertas aparece presentado y firmado por este último, como persona física.

Señala que la resolución de adjudicación, al establecer quienes presentan oferta electrónicamente se refiere indistintamente a *«M.A.L. (DANZA LIÑAN, S.L.U.)»* y también lo hace al determinar las puntuaciones de las ofertas presentadas aunque en el «resuelvo» se limite a indicar la entidad DANZA LIÑÁN, S.L.U.. Concluye, pues, que si la persona adjudicataria fuese M.A.L. no cumpliría con los requisitos de solvencia que requiere el PCAP, a la vez que no presenta un DEUC como tal.

II. Alegaciones del órgano de contratación.

En su informe al recurso, el órgano de contratación se alza frente al alegato argumentando que, si se analiza el DEUC presentado por el licitador, se verifica que quien concurre a la licitación es la sociedad DANZA LIÑÁN S.L.U., y que su administrador y representante es M.A.L.. Y añade *«No observamos ningún incumplimiento. El hecho de que en las actas aparezca M.A.L. (DANZA LIÑÁN S.L.U.) no tiene trascendencia jurídica alguna, no conlleva ninguna confusión.*
Es frecuente que en el sistema SIREC aparezca en el listado de empresas licitadoras el nombre de la persona física que presenta la oferta, verificándose en el documento DEUC los datos del licitador (...)».

Por su parte, la adjudicataria no ha efectuado alegaciones expresas frente a este motivo del recurso.

III. Consideraciones del Tribunal.

Pues bien, expuestas las alegaciones de las partes, hemos de desestimar el motivo. En el DEUC figura con claridad que la persona licitadora es la entidad DANZA LIÑAN, S.L.U. representada por la persona física M.A.L. en calidad de Administrador único. Asimismo, la resolución impugnada adjudica el contrato a la persona jurídica DANZA LIÑÁN, S.L.U. En este sentido, las referencias -que se hacen en la licitación y destaca la recurrente en su escrito- al representante de la entidad licitadora, aunque resulten impropias, no producen alteración o cambio alguno en la cualidad de la persona licitadora que, a todas luces y sin género de duda como se desprende de la generalidad de la documentación aportada, es la ya citada persona jurídica DANZA LIÑÁN, S.L.U.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: sobre el alegato de que la entidad adjudicataria no puede basarse en la solvencia de M.A.L.

I. Alegaciones de la recurrente.

SEDA sostiene que la entidad adjudicataria declara expresamente en el DEUC que no se basará en la solvencia de un tercero y por tanto, no ha aportado -como le obligaba el PCAP para el caso que acudiera a la solvencia y medios de otras empresas- además de su propio DEUC, otro en el que figurase la información pertinente de quien le completase la solvencia conforme al artículo 75 de la LCSP. Sin embargo, la recurrente alega que en el acta V de la mesa de contratación consta la propuesta de adjudicación del contrato a DANZA LIÑÁN, S.L.U. con indicación de que dicha entidad se ha basado en la solvencia económica y financiera de M.A.L.

II. Alegaciones del órgano de contratación.

En su informe al recurso, el órgano de contratación admite que la entidad licitadora, DANZA LIÑÁN, S.L.U., ha completado su solvencia con la del socio único de la entidad que, además, es administrador único de la sociedad. Asimismo, cita doctrina de algunos tribunales donde, en supuestos similares, se ha estimado que concurría una única voluntad social y no puede hablarse de que los medios de la sociedad filial sean realmente medios externos de la entidad licitadora.

En parecidos términos al órgano de contratación, se pronuncia la adjudicataria en su escrito de alegaciones.

III. Consideraciones del Tribunal

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen por este Tribunal. Para resolver la controversia, hemos de tener en cuenta los siguientes datos que se desprenden del expediente de contratación remitido:

1. En el DEUC aportado en el sobre 1 por la entidad adjudicataria DANZA LIÑÁN, S.L.U. se indica expresamente que el operador económico no se basa en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de solvencia contemplados.

2. En la documentación previa a la adjudicación aportada por la entidad adjudicataria, consta escritura pública de constitución de la Sociedad Limitada "DANZA LIÑÁN, S.L.U", inscrita en el Registro Mercantil, fundada por el socio M.A.L. que desembolsa la totalidad del capital social y asume el nombramiento de Administrador único de la Sociedad.

3. En el acta V de la sesión de la mesa de contratación, de 8 de abril de 2022, se señala que *"(…) se procede a la apertura de la documentación previa a la adjudicación requerida a la entidad Danza Liñán, S.L.U. (…). Revisada la documentación se constata que la entidad aporta:*
(…)
Documentos acreditativos de la solvencia económica y financiera de la entidad Danza Liñán, S.L.U. y M.A.L.
(…)
Los miembros de la mesa de contratación solicitan aclaración en relación a la documentación aportada para acreditar la solvencia económica y financiera. En base a ello, y al amparo del artículo 75.1 de la Ley de Contratos del Sector Público se constata que la entidad Danza Liñán, S.L.U. se basa en la solvencia económica y financiera de la entidad M.A.L..
La documentación aportada es correcta (...).".

Pues bien, no es objeto de controversia en este motivo si la adjudicataria ha alcanzado o no el nivel mínimo de solvencia económica y financiera exigido en los pliegos, sino si puede integrar o completar su solvencia económica con la del socio fundador único y administrador único de la propia entidad, cuando en el DEUC presentado inicialmente en el sobre 1 manifestó que no iba a basar o completar su solvencia con medios externos.

Ciertamente la adjudicataria manifestó en el DEUC que no iba a basar su solvencia en los medios de otras entidades conforme a lo previsto en el artículo 75 de la LCSP *"Integración de la solvencia con medios externos".* Tal manifestación le impide, pues, en fase de aportación de la documentación previa a la adjudicación, completar su solvencia con los medios de otra entidad, pues estaría yendo contra su propia declaración de voluntad manifestada expresamente en un documento previo de la licitación.

Así pues, la única cuestión que exige nuestro análisis es si, en el supuesto analizado, el hecho de que la solvencia económica en que se basa la entidad adjudicataria corresponda al único socio fundador de la misma que ha desembolsado la totalidad del capital social y es el administrador único de dicha sociedad, permite entender que no estamos ante un supuesto *"strictu sensu"* de integración de la solvencia con medios externos o de otra entidad. Al respecto, este Tribunal comparte el criterio seguido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en sus Resoluciones 167/2019, de 22 de febrero, y 486/2021, de 30 de abril.

En la primera de ellas, con mención de una sentencia de la Audiencia Nacional, se señala lo siguiente:

«(…) debe partirse de que el acto recurrido acuerda la exclusión del recurrente, en esencia, porque éste declaró en el DEUC que no acudía a la solvencia de ninguna entidad externa y luego en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP presentó para acreditar su solvencia los medios de otra sociedad que le pertenecía al 100%, lo que fue considerado como contradictorio con dicho DEUC y por ello inadmisible. Por tanto, al no acreditar el cumplimiento de los requisitos de solvencia con sus propios medios (sino en todo caso con los de la otra mercantil, que no se admitieron), se acordó su exclusión.

El recurrente, por el contrario, considera que la otra mercantil no es un medio externo puesto que es dueño del 100% de su capital, razón por la cual no declaró que acudía a medios externos en el DEUC; y en todo caso, señala que de no considerarse así, ello sería un error subsanable, por lo que debió concedérsele trámite de subsanación

Pues bien, asiste la razón al recurrente. En efecto, si bien la otra mercantil con la que completa su solvencia es efectivamente una persona jurídica distinta, no cabe desconocer que el hecho de que la recurrente sea titular del 100% de su capital determina la existencia de un control total sobre la misma y, en consecuencia, una única voluntad social. Esto constituye fundamento para la tesis de que los medios de la filial no son realmente medios externos a la licitadora, sino verdaderamente propios de la misma; o al menos para considerar acreditada la disponibilidad de dichos medios.

(…) Si bien el artículo 75 de la LCSP, al regular la solvencia, no tiene en cuenta específicamente la situación de los grupos empresariales, sí lo hace el artículo 79, relativo a la clasificación, que establece un régimen específico para las entidades pertenecientes a grupos, el cual permite a efectos de apreciar la solvencia de una de ellas, tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, siempre que se acredite que tendrá efectivamente a su disposición los medios de aquéllas para la ejecución de los contratos durante los plazos de vigencia de dicha clasificación que determina el artículo 82.2 de la LCSP, lo que es evidente e innegable en el caso de que la licitadora sea la dominante.

Por todo ello, debe considerarse que los medios de la filial participada al 100% no son verdaderamente externos de la entidad licitadora sino propios de la misma. Desde esta perspectiva, no habría error en el DEUC y la recurrente no lo estaría modificando en el trámite del art. 150.2 LCSP. Pero aun en el caso de considerarse que hay error, con los antecedentes expuestos, es claro que sería un error excusable y por ello subsanable.
(...)
En este sentido se manifiesta la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 10 octubre de 2012 (Roj: SAN 4164/2012): "En el caso de autos, la empresa recurrente se configura como una sociedad instrumental de la matriz, bajo la existencia de personalidades jurídicas distintas, se desprende de forma indubitada la existencia de unidad de negocio, y una unidad económica para actuar en el mercado.

En su consecuencia, la decisión administrativa sujeta a revisión jurisdiccional, se configura a juicio de este Tribunal como no conforme al ordenamiento jurídico.

Ello es así, por cuanto, que el acreditamiento de la disponibilidad de los medios de ejecución del objeto del contrato y su compromiso para llevarlo a cabo, dimana de la forma jurídica en que están constituidas, por cuanto de las formas jurídicas adoptadas se desprende de manera clara y meridiana

en <u>la existencia de una unidad económica de actuación en el mundo empresarial, que implica su actuación en el trafico jurídico con una unidad de propósito a la cual se proyecta la totalidad de los recursos de toda naturaleza que el grupo empresarial detenta.</u>

Junto a ello, el principio general de la libre concurrencia en materia de contratación impide la realización de interpretaciones, que, bajo la apariencia meramente formal y externa, de las formas societarias adoptadas por el grupo de empresas, se limite la participación en licitaciones publicas a sujetos en que la unidad de gestión o negocio es clara y meridiana y ha sido puesta en conocimiento del órgano administrativo decisor, y en todo caso, el carácter no formalista de la actuación administrativa exige para no tener en cuenta este hecho notorio, o bien, en su caso, como medio de asegurar la constancia formal de la efectiva disponibilidad de los medios para la ejecución de la tercera sociedad, que la Administración otorgue la posibilidad de subsanación, mediante la solicitud del requerimiento de la expresión formal de dicha garantía (...)"». (el subrayado es nuestro).

Pues bien, en el caso aquí analizado, aunque no estemos ante un caso de grupos empresariales, resulta trasladable la doctrina expuesta sobre los mismos en la resolución parcialmente transcrita; toda vez que la entidad adjudicataria y su único socio fundador, siendo personas distintas, constituyen una unidad económica de actuación en el mundo empresarial; lo que impide, a los efectos que aquí interesan, considerar que el socio exclusivo que presta solvencia económica a la entidad adjudicataria sea un medio externo a esta última en términos del citado artículo 75 de la LCSP.

El motivo debe, pues, ser desestimado.

OCTAVO. Fondo del asunto: sobre el alegato de que la adjudicataria no alcanza los niveles mínimos de solvencia económica y financiera establecidos en los pliegos.

El Anexo XIV del PCAP denominado «Solvencia económica y financiera» establece en lo que aquí interesa lo siguiente: *«(…) La solvencia económica y financiera se acreditará por el medio o los medios que se señalan a continuación:*

Volumen anual de negocios de la persona licitadora 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 por importe mínimo de una vez el valor anual medio del contrato (...)».

I. <u>Alegaciones de la recurrente.</u>

SEDA sostiene que el PCAP no diferencia entre contratos de duración menor o superior a un año, de manera que el cálculo del importe mínimo de una vez el valor anual medio del contrato ha de efectuarse del siguiente modo: *«se trata de un contrato con una duración de 4 meses y un valor estimado por importe de 322.644,63€ (VEC), con lo que el cálculo del valor anual medio del presente contrato es: 967.933,89€ [322.644,63 (VEC) entre 4 (meses) y por 12 (meses)]. Por tanto, se deberá acreditar un volumen anual de negocios referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles igual o superior a 967.933,89€.*

Sin embargo, a la vista de los documentos sobre su volumen de negocios presentados por el adjudicatario, ni tan siquiera el año de mayor volumen (2020: 373.689,91€) alcanza el importe mínimo requerido por el PCAP, de modo que no era posible adjudicar la licitación a Danza Liñán S.L.U».

Asimismo, añade que las subvenciones, como regla general, no forman parte de la cifra de negocios, por lo que *«solo deberían considerarse para DANZA LIÑAN, S.L.U. a efectos de solvencia económica y financiera la cantidad de 276.581,29€, de modo que, aun cuando se considerara el "importe mínimo de una vez el valor anual medio del contrato", el importe del "valor estimado del contrato", esto es, 322.644,63€, la cifra de volumen de negocios de DANZA LIÑAN, S.L.U., en el mejor de los años considerados, es inferior al "importe mínimo de una vez el valor anual medio del contrato", de modo que no tiene la adjudicataria la solvencia necesaria para poder serlo en la licitación del expediente de referencia.».*

II. Alegaciones del órgano de contratación.

En su informe al recurso, el órgano de contratación manifiesta que el presupuesto base de licitación y precio del contrato, según se especifica en la memoria, y en el Anexo I del PCAP es de 240.000 euros, más IVA. Y añade *«Estamos ante un contrato de cuatro meses de duración, en el que no cabe la posibilidad de prórroga. Ese es el importe anual. Este es el importe que hay que tener en consideración para verificar la solvencia económica y financiera. Ese es el precio del contrato, presupuesto máximo de licitación.*

Si el contrato es inferior a un año, ha de estarse al valor del contrato y no extrapolar las cantidades a un año.
Con esa interpretación del recurrente se exigiría una solvencia económica que supera los máximos establecidos en el artículo 87.1. de la LCSP. Con ello se estaría restringiendo la concurrencia de manera ilícita. Se exigiría una solvencia desproporcionada, con vulneración del artículo 74.2, impidiendo además la participación de la pequeña y mediana empresa.

La entidad DANZA LIÑÁN S.L.U. ha presentado, además de la declaración responsable, las cuentas anuales que han sido formuladas. Resultan las siguientes cifras de 2021:
- Importe neto de cifra de negocios, 232.813,33 euros
- Otros ingresos de explotación, 44.750 euros

Por ello, resulta una cifra global en el ejercicio 2021 de 277.563,33 euros.
Esta cifra aparece además corroborada con la declaración fiscal 390, resumen anual de IVA.

M.A.L., como persona física, ha declarado en el modelo 130, unos ingresos en el ejercicio 2021 de 74.500 euros.

Si sumamos la cifra global de negocio de ambas entidades, el importe total es de 352.063,33 euros.

M.A.L. declara también un volumen de ingresos global en el ejercicio 2020 de 373.689,91. Con este importe, se cumpliría el requisito de la solvencia económica y financiera. Sin el cómputo de subvenciones, la cifra global de negocio es de 276.581,29 euros, que también acreditaría suficientemente la solvencia económica y financiera.».

III. Alegaciones de la adjudicataria.

La entidad interesada se opone al recurso esgrimiendo argumentos similares a los del órgano de contratación. En concreto, sostiene que exigir, como pretende la recurrente, una solvencia económica mínima equivalente a tres veces el valor estimado del contrato pugna con el artículo 87.1.a) de la LCSP y, en ningún caso, puede reputarse un criterio proporcional que permita el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública. Y concluye que sí ha acreditado suficientemente el requisito mínimo de solvencia económica y financiera exigido en

el PCAP, pues ha justificado un volumen global de negocios en el ejercicio 2021 de 355.750,83 euros, cifra superior al valor estimado del contrato.

IV. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La clave radica en despejar la duda sobre qué se entiende por "valor anual medio del contrato", expresión que utiliza el Anexo XIV del PCAP para definir los niveles mínimos de solvencia económica y financiera exigidos en esta licitación. Las posiciones de las partes en este punto son contrapuestas.

Pues bien, hemos de partir de la dicción literal del Anexo XIV del PCAP al referirse al nivel mínimo de solvencia económica y financiera; a saber: "una vez el valor anual medio del contrato". No consta a este Tribunal que los pliegos hayan sido impugnados por lo que son actos firmes y consentidos, debiendo estarse estrictamente a su contenido que es «lex inter partes» tanto para las licitadoras como para el órgano de contratación (por todas, se citan en el sentido expuesto las recientes Resoluciones de este Tribunal 183/2022 y 119/2022).

En el supuesto analizado la expresión "una vez el valor anual medio del contrato" tiene una acepción y significado claros que no es el valor o presupuesto del contrato -como afirma el órgano de contratación- sino el valor anual medio del mismo. El cálculo de la anualidad media del contrato no se establece en la LCSP, sino en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP). Así, el artículo 36.6 del citado Reglamento, al referirse a la exigencia de clasificación por la Administración, establece que *«(…) la categoría exigible será la que corresponda a la anualidad media del contrato, obtenida dividiendo su precio total por el número de meses de su plazo de ejecución y multiplicando por 12 el cociente resultante»* y conforme señala la Resolución 104/2018, de 2 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales *«(...) como señalábamos en la Resolución 337/2013 "Para determinar el importe de la anualidad media del contrato, el cálculo debe efectuarse en la forma prevista en el artículo 36.6 del RGLCAP. (…) En consecuencia, para determinar la anualidad media del contrato y calcular la categoría exigible a los licitadores deberá dividirse el presupuesto del contrato, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, por …" (las anualidades previstas en el contrato, en meses, según el art. 36 transcrito)»*.

Ciertamente el concepto de anualidad media del contrato se define en el RGLCAP para determinar la categoría exigible en las clasificaciones de contratistas, pero su acepción y forma de cálculo no puede ser distinta cuando se utilice en otros supuestos como el que aquí acontece.

Así las cosas, en el caso analizado, el valor anual medio del contrato sería el siguiente: 240.000 euros (importe total del contrato, IVA excluido) /4 x 12 = 720.000 euros.

A la vista de lo expuesto, no asiste la razón a la recurrente en cuanto a que el cálculo de la anualidad media se deba efectuar sobre el valor estimado, pues ha de hacerse sobre el presupuesto base de licitación, IVA excluido; pero sí tiene razón en cuanto a que el PCAP se refiere al valor anual medio del contrato y no simplemente al valor del contrato, lo que obliga a calcular la anualidad media del mismo.

El órgano de contratación aduce que, al seguirse esta interpretación, se exige una solvencia económica que supera la máxima establecida en el artículo 87 de la LCSP, restringiéndose la concurrencia de una manera ilícita; no obstante, a juicio de este Tribunal, dicho órgano no ha aplicado en la licitación los términos del PCAP que ha aprobado, apartándose de los mismos con contravención del principio "lex contractus".

Seha de dar la razón a dicho órgano cuando manifiesta que la interpretación de la recurrente restringe la concurrencia, pero es que no cabe otra distinta a la luz de los pliegos aprobados y aceptados por todas las partes.

El órgano de contratación, al identificar el valor anual medio del contrato con el presupuesto base de licitación, está actuando contra el tenor de los pliegos que aprobó, aun cuando la interpretación que propone sea menos restrictiva y más favorecedora de la concurrencia. Como señala el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), *"cuando en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)".*

Pues bien, sobre la base de que el valor anual medio del contrato asciende a 720.000 euros, la adjudicataria no alcanzaría ese nivel mínimo si se tienen en cuenta los cálculos del órgano de contratación y los efectuados por ella misma en sus alegaciones al recurso.

A la vista de lo anterior, procede estimar el motivo en el sentido de que la adjudicataria no ha acreditado disponer de los niveles mínimos de solvencia económica y financiera establecidos en el Anexo XIV del PCAP.

NOVENO. Fondo del asunto: sobre el alegato de que la adjudicataria no alcanza los niveles mínimos de solvencia técnica establecidos en los pliegos.

El Anexo XV del PCAP, denominado "Solvencia técnica o profesional" prevé, en lo que aquí interesa, que *«(...) La solvencia técnica o profesional se acreditará por el medio o los medios que se señalan a continuación.(...)*

1.Relación de los principales servicios realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, atendiendo a tal efecto al sistema establecido en el anexo I, indicando su importe, fechas y destinataria pública o privada de los mismos, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes. (...)
El periodo para tener en consideración los servicios realizados será el de los tres últimos años, salvo que en el anexo I se establezca otro mayor, para garantizar un nivel adecuado de competencia y previa justificación en el expediente.
Se exige que el importe anual acumulado sin incluir impuestos en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 % de su anualidad media, en servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato».

I. Alegaciones de la recurrente.

SEDA sostiene que si el valor anual medio del presente contrato es de 967.933,89 euros, se deberá acreditar un importe anual acumulado sin incluir impuestos en el año de mayor ejecución de los tres últimos años, igual o superior a 677.553,723 euros (70% de la anualidad media del contrato). Y concluye que *«Analizando la documentación de la oferta de la adjudicataria se extraen las siguientes conclusiones (se aporta como documento nº 12):*
- Ninguno de los certificados aportados incluye importes, por lo que no existe forma de verificar si los importes detallados por el licitador en su listado son veraces al no estar acreditados por un tercero.
- Algunos de los certificados aportados no están debidamente firmados.

- Se aporta un documento con logotipos de dos Administraciones que no tienen vinculación: el Ayuntamiento de Córdoba y la Diputación de Málaga.
- Ninguno de los años de servicios detallados alcanza el importe mínimo requerido por el PCAP para acreditar la solvencia técnica o financiera (el año de mayor importe acumulado es 2021: 284.299€).

Por lo tanto, no consta acreditada, tampoco, la solvencia técnica del adjudicatario (...)»

II. Alegaciones del órgano de contratación.

En su informe al recurso opone que *«El recurrente pretende elevar al íntegro, en cómputo anual, el importe necesario para acreditar la solvencia técnica. Ciertamente, ha de reiterarse que el valor estimado del contrato es de 322.644,63 euros. Por ello, el 70% de ese importe es de 225.851,24 euros. Si tenemos en consideración, como establece el pliego, el precio del contrato, 240.000 euros, el 70% sería aún menor.*

El adjudicatario ha acreditado haber realizado representaciones públicas en el ejercicio 2021 por importe total de 284.299 euros, por lo que cumple sobradamente el requisito de solvencia técnica establecido en el Pliego de cláusulas administrativas particulares.

Debemos insistir que la solvencia debe ser proporcional al contrato, y que no debe impedir la participación de la pequeña y mediana empresa».

En similares términos al órgano de contratación se pronuncia la adjudicataria en sus alegaciones al recurso.

III. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La controversia suscitada parte, como en el anterior fundamento de derecho, del significado que se dé a la expresión *"70% de la anualidad media del contrato".*

En este particular, para evitar reiteraciones innecesarias, resulta de aplicación lo expuesto en el anterior fundamento de derecho. La dicción literal del Anexo XV del PCAP es clara cuando se refiere al 70 por ciento de la anualidad media que, en el supuesto analizado, ascendería a 504.000 euros, cantidad resultante de la siguiente operación: 720.000 euros (anualidad media) x70/100.

Por tanto, tampoco en este caso la entidad adjudicataria habría alcanzado el nivel mínimo de solvencia técnica pues, según menciona el órgano de contratación y ella misma en sus alegaciones, la solvencia acreditada ascendería a 284.299 euros en el ejercicio 2021.

El motivo debe, pues, ser estimado.

A la vista de las consideraciones realizadas en los distintos fundamentos de derecho de la presente resolución, procede la estimación parcial del recurso y la anulación de la resolución de adjudicación del contrato a fin de que, previa retroacción de las actuaciones, se proceda a la exclusión de la oferta adjudicataria y continúe el procedimiento de adjudicación.

No es posible acordar la retroacción en los términos solicitados por la recurrente *"(…) retrotraer el procedimiento de licitación al momento en que deba proponerse como adjudicatario a SEDA, requiriendo a mi representada para*

que aporte la documentación correspondiente para la adjudicación del contrato", pues este Tribunal solo tiene facultades revisoras de los actos contractuales pudiendo anular los mismos si incurren en infracciones del ordenamiento jurídico, pero sin que pueda sustituir al órgano de contratación en sus competencias legales durante el procedimiento de adjudicación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERVICIOS ESPECIALIZADOS EN DISTRIBUCIÓN ARTÍSTICA, S.L.** contra la adjudicación del contrato denominado "Representación pública del espectáculo a realizar en el programa «FESTIVAL LORCA Y GRANADA EN LOS JARDINES DEL GENERALIFE»", promovido por la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, entidad adscrita a la Consejería de Cultura y Patrimonio Histórico (Expte. CONTR 2022 0000130633) y, en consecuencia, anular la resolución de adjudicación con retroacción de actuaciones en los términos expuestos en el fundamento de derecho último *"in fine"* de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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.