Recurso 437/2022
Resolución 561/2022
Sección tercera

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

Sevilla, 25 de noviembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MACROSAD SCA**, contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato denominado "Segundo concierto social de la prestación de la atención infantil temprana en Andalucía". (lote 7.b.7 Málaga centro) (Expte. Contr/77/2021 (CONTR/2021/707843), convocado por la Consejería de Salud y Consumo, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 6 de setiembre de 2022, 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 20.284.992,00 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. Asimismo se rige por su normativa específica establecida, entre otras normas, en el Decreto 57/2020, de 22 de abril, por el que se regula el concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana.

El 19 de octubre de 2022 , la mesa de contratación acordó excluir la oferta presentada por la entidad MACROSAD SCA, respecto del lote 7.b.7 Málaga centro. El acta fue publicada en el perfil de contratante el 24 de octubre de 2022, siendo notificada, según indica la recurrente, con esa misma fecha.

SEGUNDO. El 10 de noviembre de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente contra el citado acuerdo de 19 de octubre de 2022, por el que la mesa de contratación excluye su oferta respecto del lote indicado. La recurrente solicita en su escrito la adopción de medidas cautelares.

Posteriormente, el mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, el día 11 de noviembre, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado no fue recibido en este Órgano hasta el 15 de noviembre de 2022.

Se realizó trámite de alegaciones, no habiéndose presentado ninguna al término del plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación respecto del lote indicado 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 c) 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 19 de octubre de 2022. El acta de la mencionada sesión fue publicada en el perfil de contratante el 24 de octubre de 2022, y según indica la recurrente, el acuerdo de la mesa se le notificó, el mismo día. Por tanto, se habría interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

Procede en primer lugar reproducir aquellas partes del expediente necesarias para centrar el debate para a continuación examinar los motivos en los que el recurso se sustenta.

Según consta en la documentación remitida a este Tribunal en la sesión de 19 de octubre de 2022, la mesa se reúne para examinar la documentación previa a la adjudicación presentada por los licitadores. En lo que aquí interesa respecto de la oferta de la recurrente al *«lote 7.b.7 Málaga centro»* se le excluye por el siguiente motivo:

"Se practicó el siguiente requerimiento conforme a lo indicado en el acta de la trigésimo quinta sesión de esta mesa:

"En relación al punto 7 (Impuesto de Actividades Económicas) se aporta justificante bancario de pago. No obstante, dada la dificultad que supone su identificación con la actividad, esta mesa considera que se deben solicitar aclaraciones al respecto".
La entidad presenta un documento de pago y un talón de cargo que no justifican la realización del pago del Impuesto de Actividades Económicas y que no es coherente con el justificante bancario de pago presentado con anterioridad. Dado que no se ha justificado el pago del citado impuesto, procede su exclusión.".

1. Alegaciones de la recurrente.

Señala que:

"En este sentido, esta parte no está de acuerdo con el motivo aludido por la Mesa de Contratación para proceder a la exclusión de mi representada ya que esta parte sí está al corriente de pago del Impuesto de Actividades Económicas exigido en el procedimiento de licitación que nos ocupa. Tal que así, en este recurso Macrosad SCA demostrará dicho pago, careciendo de motivo, por ende, la exclusión dirimida.
Así pues, como DOCUMENTO Nº CUATRO, esta parte aporta justificante de pago del mencionado Impuesto. Así mismo, como DOCUMENTO Nº CINCO aporta el alta del mencionado IAE (autoliquidación) donde puede comprobarse la coherencia de ambos documentos ya que en los dos se hace referencia a la misma cantidad económica devengada (167,27 euros). Igualmente, en el documento nº cinco, relativo a la autoliquidación del IAE, se puede observar que se refiere a la actividad que nos ocupa (EPÍGRAFE 9429 OTROS SERV.SANITARIOS SIN INTERNADO).
Por tanto, mediante ambos documentos queda totalmente acreditado el pago por Macrosad SCA del Impuesto de Actividades Económicas exigido por el PCAP que rigen la presente licitación. Pero para más inri, esta parte ha solicitado al Excmo. Ayuntamiento de Málaga certificación del Organismo Autónomo de Gestión Tributaria del Ayuntamiento de Málaga, donde figura pagado el Impuesto de Actividades Económicas relativos al centro atención infantil temprana sito en Avda. de Barcelona, el cual es el relativo al Lote 7.B.7. Málaga Centro, que ahora nos ocupa (DOCUMENTO Nº SEIS).

Así pues, queda constatado que Macrosad SCA se encuentra al corriente de pago del Impuesto de Actividades Económicas relativo al lote 7.B.7 Málaga Centro (Avda. Barcelona 32, Málaga), y así ha quedado constatado con los documentos obrantes en el expediente así como los aportados por esta parte junto al presente recurso. Por todo ello, y en estricto cumplimiento de lo establecido en el PCAP que rigen la presente licitación, no existe fundamento jurídico alguno que sustente la decisión de la mesa de contratación sobre la exclusión de mi representada".

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Señala el órgano de contratación que procede la exclusión por los siguientes motivos:

"La oferta presentada por esta entidad en el referido lote fue propuesta para la adjudicación al órgano de contratación por la mesa de contratación designada en su trigésimo primera, por ser ésta la oferta que obtuvo mayor puntuación en atención a los criterios de adjudicación contenidos en el anexo X del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) .
En el requerimiento de la documentación previa a la adjudicación, en relación al Impuesto de Actividades Económicas se indicó lo siguiente:
"Deberá aportar la siguiente documentación:

1) Entidades dadas de alta en el Impuesto en el ejercicio corriente:
◦ Justificante de estar dado de alta en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato del Impuesto sobre Actividades Económicas.
◦ Declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del citado Impuesto.
2) Entidades dadas de alta en otros ejercicios:
◦ Copia de la carta de pago del último ejercicio.
◦ Declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del citado Impuesto.
3) Entidades exentas de este Impuesto:
◦ Declaración justificada al respecto.
◦ Justificante de estar dado de alta en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato del Impuesto sobre Actividades Económicas.
◦ Declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del citado Impuesto".

Efectuado el requerimiento de la documentación previa a la adjudicación, la documentación presentada fue analizada y examinada por la mesa de contratación en su trigésimo tercera sesión, y acordó practicar requerimiento de subsanación sobre la misma .

La entidad aportó Certificado de situación en el censo de actividades económicas de la Agencia Estatal de Administración Tributaria correspondiente al ejercicio 2022 y declaración responsable de encontrarse la entidad dada de alta y no haber causado baja.

Conforme a lo establecido en el PCAP y dado que la entidad se había dado de alta en el citado impuesto en un ejercicio anterior, debió aportar: "En caso de que se hubiera dado de alta en otro ejercicio, deberá presentar el justificante de pago del último recibo. En ambos supuestos, se acompañará una declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del citado impuesto. En caso de estar exenta de este impuesto presentarán declaración justificativa al respecto".

Extraído del acta, en lo que aquí interesa:
"Del examen de la documentación presentada se detecta lo siguiente:
(…)
7. No se aporta justificante de pago del Impuesto Actividades Económicas o, en su caso, declaración justificativa de exención.
(...)"
La documentación presentada en respuesta al requerimiento de subsanación fue objeto de examen en la trigésimo quinta sesión de la mesa .
La entidad aportó un justificante de pago por medios telemáticos por importe de 19,60 €, en cuya entidad emisora figuraba P2906700F - AYTO. MALAGA – LIQUIDACIONES, y con el no fue posible con los datos contenidos en el mismo (concepto pago, referencia, identificación) identificar dicho cargo con el pago del Impuesto de Actividades Económicas lo que motivó el acuerdo de practicar un nuevo requerimiento a fin de aclarar lo siguiente:"

Extraído del acta, en lo que aquí interesa:
"En relación al punto 7 (Impuesto de Actividades Económicas) se aporta justificante bancario de pago. No obstante, dada la dificultad que supone su identificación con la actividad, esta mesa considera que se deben solicitar aclaraciones al respecto".

La documentación presentada en respuesta al requerimiento de aclaración practicado fue analizada en la trigésimo séptima sesión en donde se acordó su exclusión:
Extraído del acta, en lo que aquí interesa:
"Se practicó el siguiente requerimiento conforme a lo indicado en el acta de la trigésimo quinta sesión de esta mesa: (...)
La entidad presenta un documento de pago y un talón de cargo que no justifican la realización del pago del Impuesto de Actividades Económicas y que no es coherente con el justificante bancario de pago presentado con anterioridad. Dado que no se ha justificado el pago del citado impuesto, procede su exclusión".

A continuación, se analiza e informa con más detalle la documentación presentada.

Primero. - Conforme al certificado de situación en el censo de actividades económicas, la entidad está dada en la matrícula del citado impuesto desde el 15/03/2021, en el epígrafe 942.9 Otros servicios sanitarios, desarrollando la actividad en Málaga y con un tipo de cuota municipal (actividad n.º 25).

Segundo. - El justificante de pago que aportó al primer requerimiento de subsanación por importe de 19,60 € no permitía de ninguna forma su identificación con el pago del Impuesto de Actividades Económicas, motivo por el cuál se practicó un nuevo requerimiento.

Tercero. - La recurrente presentó en respuesta al nuevo requerimiento practicado un documento de pago del Impuesto de Actividades Económicas, sin relación aparente con el anterior justificante de pago, por importe de 160,27 € (cuota tributaria 150,23 € + intereses de demora 1,41 € + recargos 8,63 €), en el que se indica "actividad 9429 serv. sanitarios sin internado" para el período liquidado 3/2021 al 12/2022.

Asimismo, en dicho documento se indica "este documento no será válido como justificante de pago sin la certificación mecánico o firma autorizada".

Cuarto.- En atención al período de liquidación, 3/2021 a 12/2022, y a los intereses y recargos que figuran en el documento de pago presentado de 160,27 €, la entidad no se encontraba al día de sus obligaciones tributarias en el momento de presentar su oferta, esto es, el 08/10/21 a las 12:50 h".

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Debemos partir de la consideración de que en los contratos sujetos a la LCSP, la acreditación de hallarse al corriente de las obligaciones tributarias solamente se exigirá a quienes vayan a resultar adjudicatarios de un contrato, si bien, para que un empresario no se halle incurso en una prohibición de contratar, es necesario que esté al corriente de tales obligaciones en el momento de presentar su proposición realizando en ese momento la correspondiente declaración responsable. No obstante, si un empresario en el momento de presentar su proposición no realiza todavía ninguna actividad sujeta al Impuesto sobre Actividades Económicas, en ese caso no está obligado por dicho impuesto, por lo que en el momento de presentar su proposición no estaría obligado a estar dado de alta en el mismo para entender que se halla al corriente de sus obligaciones tributarias. Pero no es ese nuestro caso, pues admite la entidad recurrente al presentar documentación que al menos desde marzo de 2021 debía estar de alta en el Impuesto de Actividades Económicas.

La aptitud para contratar con el sector público, regulada en la LCSP, supone la concurrencia en el operador económico de tres requisitos, cuya integración y diferenciación es conveniente clarificarla a efectos de evitar

confusiones entre los órganos de contratación, y también entre los licitadores. Dispone el artículo 65.1 LCSP: *"Condiciones de aptitud. 1. Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas."*

Establece, por tanto, las tres condiciones de aptitud para contratar con el sector público que debe reunir todo operador económico interesado en participar en un procedimiento de licitación pública: a) capacidad de obrar; b) solvencia suficiente; y c) la no incursión en ninguna de las prohibiciones de contratar contenidas en el artículo 71 LCSP.

Para aproximarnos a la problemática que concurre en el presente supuesto, debemos comenzar señalando que el requisito de capacidad supone una doble condición que le es exigible al empresario. Por un lado, ostentar personalidad, ya sea física o jurídica, y por otro lado, reunir capacitación legal específica para poder realizar prestaciones de la naturaleza de las que constituyen el objeto del contrato. A ello se refiere el apartado 2 del artículo 65 cuando señala:

"2. Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato".

Y, por otro lado, el artículo 66.1, en relación con las personas jurídicas en particular:

"Las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios."

Por tanto, lo que en definitiva vienen a establecer estos artículos es la concreción, dentro de su genérica capacidad de obrar, de los requisitos que permitirán considerar al empresario legalmente capacitado para la ejecución del objeto del contrato. La LCSP configura la capacidad como un requisito de legalidad, diferente del requisito de solvencia, a través del cual el órgano de contratación busca asegurar un nivel de aptitud superior al simplemente exigido para poder ejercer legalmente una actividad determinada. A dicha diferenciación se refirió ya la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCP) en su Informe 1/09 cuando señalaba que: *"el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43 (hoy 65.2 de la LCSP) es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto."*, así como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en su Resolución 116/2015: "*una cosa es la capacidad de obrar, otra la habilitación profesional exigida como parte de aquella y también diferente es la solvencia técnica que deben acreditar los licitadores para ser adjudicatarios"*

En cuanto al tercer requisito de aptitud, en el que se centra el objeto del recurso, el de no incursión en ninguna de las prohibiciones de contratar contenidas en el artículo 71 LCSP, la LCSP contempla la acreditación de este requisito mediante una declaración responsable, la del artículo 140.1 a) LCSP.

Nos interesa referirnos en particular, por la controversia que ha venido generando, a la acreditación de la correcta situación censal a efectos del Impuesto de Actividades Económica (IAE), que el artículo 13.1 a) del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas[1] (RGLCAP) entiende que se produce cuando los empresarios estén "*dados de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas, en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato, siempre que ejerzan actividades sujetas a este impuesto, en relación con las actividades que*

1 Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

vengan realizando a la fecha de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación en los procedimientos restringidos, que les faculte para su ejercicio en el ámbito territorial en que las ejercen."

El Acuerdo 119/2016, de 7 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, aborda esta cuestión, puesto que en el expediente sobre el que resuelve, la adjudicataria no se encontraba de alta en el IAE en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato a la fecha de presentación de proposiciones, lo que motiva el recurso especial interpuesto por un licitador aduciendo, precisamente, incursión de la empresa en prohibición de contratar por este motivo; pues bien, señala el TACPA que *"si en el momento de presentar las proposiciones no se realizan todavía actividades sujetas al IAE no están obligados por dicho impuesto…/…resultaría contrario a la libre concurrencia y no discriminación entre empresas exigir a todos los posibles licitadores estar dados de alta con carácter previo en el término municipal donde se vayan a prestar los servicios, aunque luego no resulten adjudicatarios."* También tuvo ocasión de pronunciarse de forma clara y en similares términos, la JCCP en su Informe 9/97: "*a los licitadores en un contrato de obras no se les puede exigir que acrediten el alta y, en su caso, el último recibo del Impuesto sobre Actividades Económicas correspondiente al lugar de ejecución de la obra, sino que habrán de acreditar estar al corriente en el citado Impuesto por las actividades ya realizadas en el momento de presentar sus proposiciones."*

A la vista de lo anteriormente argumentado, debe pues examinarse si en el trámite procedimental previo a la adjudicación del artículo 150.2 LCSP, cabe exigir la acreditación del alta en el epígrafe objeto del contrato y en el ámbito territorial en que se ejecutará el mismo. De este modo, considerando que el cumplimiento de las obligaciones tributarias, que confiere al empresario aptitud para contratar con el sector público, en ningún caso puede ser exigible respecto de actividades futuras –como lo es un contrato pendiente de adjudicar y formalizar–, parece más adecuado configurar dicha obligación, en todo caso, como una de las generales del contratista durante la ejecución del contrato a través del PCAP.

No obstante, se advierte que el encaje de la exigencia de dicho documento acredita en puridad un cumplimiento fiscal y no contractual. En este sentido, la JCCP, en el citado Informe 9/97, habría rechazado ambas posibilidades al señalar que "*el pago del Impuesto por la actividad en el lugar que se va a ejecutar la obra escapa ya de la fase de adjudicación del contrato y deberá cumplirse con sujeción a las normas generales reguladoras del Impuesto, sin que corresponda a los órganos de contratación velar por el cumplimiento de esta obligación, una vez adjudicado el contrato."*

Por otro lado, en cuanto al momento de su exigencia y efectos, se advierte que el incumplimiento de alta en el IAE en un epígrafe y cuota, que habilite al contratista para el ejercicio de la actividad objeto del contrato en el ámbito territorial en que lo ejecute, sí supondría, una vez iniciada la ejecución del contrato, el incumplimiento por parte de la empresa de sus obligaciones tributarias. Su prueba podría determinar la apreciación automática por el órgano de contratación de la causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 71. 1 d) LCSP, pero sin efecto alguno para el contrato en vigor, de acuerdo con el Informe 45/2013 de 26 de febrero, de la JCCP:

"En el artículo 223 del TRLCSP, se establece que no son causa de resolución de los contratos la prohibición de contratar en las que incurra el adjudicatario. Esto es, el hecho de que se acuerde prohibición de contratar afecta a la aptitud del contratista para contratar que a partir de ese momento carecerá de ella según el artículo 54 del TRLCSP; no así a los contratos de los que resulte adjudicatario en un momento anterior, aunque consecuencia del incumplimiento de cualesquiera de ellos, incurra en prohibición de contratar."

Partiendo de que la entidad recurrente, no cuestiona las fechas de alta, ni el cumplimiento del momento en el que se encontraba al corriente, sino que únicamente indica acreditar que está al corriente, este Tribunal a la vista de los razonamientos anteriores debe desestimar el recurso, pues el requisito de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, confirma la exclusión de la licitadora porque no acredita que cumplía con el requisito en el momento de presentación de ofertas, y porque regularizó su situación de deudas después del plazo de presentación de ofertas y antes de la adjudicación del contrato, dado que la interpretación que debe hacerse es que si se le debía permitir la subsanación, pero no la regularización y acreditación de estar al corriente de las citadas obligaciones, porque si no, se estaría posibilitando ponerse al corriente en ese momento previo a la adjudicación, es decir, en el momento de formalización del contrato, de tal modo que se haría de mejor condición a los licitadores deudores que podrían no satisfacer sus deudas hasta el momento de la adjudicación.

Esta cuestión habría además quedado zanjada con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, [2]1210/2020, de 28 de septiembre, Rec. 8006/2018, la cual resolvía desestimatoriamente el recurso de casación planteado contra la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (TSJ) (Santa Cruz de Tenerife) (Contencioso), sec. 1ª, sentencia de 24 de julio de 2018, (sentencia 246/2018, rec. 80/2018). El TSJ de Canarias declaraba que el principio de libre concurrencia debe presidir la contratación administrativa, y que el espíritu que debe presidir la contratación es antiformalista. Así señala que no aboga por una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, contraria al principio de concurrencia, y es que la preclusión de aportaciones documentales no debe tener por objeto excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal. No obstante, señalaba que en un caso como el que es objeto de recurso no nos encontramos ante un requisito formal, sino esencial, para poder contratar con la administración, cual es no estar incurso en causa que determina la prohibición de contratar, por lo que no cabe aplicar dicha jurisprudencia (FJ 3).

El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación señalando que la actual regulación, en la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de la exclusión de licitadores por no estar al corriente en sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social no determina en qué momento debe cumplirse este requisito y hasta la fecha, el TJUE tampoco se ha pronunciado definiendo el concepto de "no haber cumplido sus obligaciones", porque remite a las normas nacionales. El Alto Tribunal ha señalado que el cumplimiento de la obligación de estar al corriente de las obligaciones tributarias (y con la Seguridad Social), debe venir referido a la fecha de licitación del contrato o presentación de la oferta, sin que sea posible su subsanación en el momento de formalización del contrato porque como decimos, ello haría de mejor condición a los licitadores deudores que podrían no satisfacer sus deudas hasta el momento de la adjudicación. Señala que esta tesis no resulta contraria al principio de igualdad de trato por el hecho de definir de forma anticipada todos los requisitos de fondo y de forma relativas a la participación en la licitación, porque precisamente el Tribunal de Justicia de la Unión ya ha dispuesto que los Estados pueden modular a posteriori y mediante una regulación nacional más permisiva la cuestión del cumplimiento de sus obligaciones ante las autoridades nacionales o judiciales nacionales competentes, y en el caso, esta modulación se proyecta en el aplazamiento, fraccionamiento o acuerdo de suspensión de las deudas tributarias o de seguridad social. (FJ 8).

Por ello, y atendiendo al momento en el que debe ser cumplido el requisito de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, en este caso, se confirma la exclusión de la licitadora dado que no se acredita que cumplía con el requisito en el momento de presentación de ofertas, y porque regularizó su

2 Citada por el TSJ Asturias (Contencioso), sec. 1ª, S 01-04-2022, nº 296/2022, rec. 335/2019.

situación de deudas después del plazo de presentación de ofertas y antes de la adjudicación del contrato. De permitirse la subsanación en el momento de formalización del contrato supondría dar ventaja a los licitadores deudores que podrían no satisfacer sus deudas hasta el momento de la adjudicación.

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 **MACROSAD SCA**, contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato denominado "Segundo concierto social de la prestación de la atención infantil temprana en Andalucía" (lote 7.B.7 Málaga centro)" (Expte. Contr/77/2021 (CONTR/2021/707843), convocado por la Consejería de Salud y Consumo.

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.