Recurso 477/2022
Resolución 597/2022
Sección tercera

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

Sevilla, 30 de diciembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EXTERNA SERVICIOS GENERALES DE EMPRESA S.L.**, contra el acuerdo de la mesa de 9 de noviembre de 2022, por el que se la excluye del procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de apoyo y asistencia escolar para alumnado con necesidades educativas especiales en los centros docentes públicos de la provincia de Huelva, dependientes de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional de la Junta de Andalucía) (Expte. CONTR 2022 682326 00212/ISE/2022/HU), convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, entidad adscrita a dicha Consejería, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 de septiembre 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 del contrato administrativo indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 112.455,00 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.

El 8 de noviembre de 2022, la mesa de contratación acordó excluir la oferta presentada por la entidad recurrente. El acta fue publicada en el perfil de contratante el mismo día, siendo notificada el día 9, según indica la recurrente.

SEGUNDO. El 29 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 8 de noviembre de 2022, por el que la mesa de contratación excluye su oferta respecto del contrato 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 1 de diciembre de 2022 siendo reiterado el día 7 de diciembre de 2022, 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 diciembre de 2022, lo cual debe ser tenido en cuenta a los efectos de lo dispuesto en la DA 28 LCSP.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndolas presentado la entidad ÓBOLO S.COOP.AND. DE INTERÉS SOCIAL.

En cuanto a la medida cautelar solicitada por la entidad recurrente esta se ha adoptado con fecha de 16 de diciembre de 2022. Ello se ha debido, además de las razones motivadas en la resolución relativa a dicha medida cautelar, a la tardanza de la remisión por el órgano de contratación a este Tribunal de la documentación administrativa, su informe y el listado de licitadores (necesario para dar trámite de alegaciones), por más de dos semanas, (dos son los días del plazo legal que tiene el órgano de contratación para atender el requerimiento del Tribunal), lo que hace que las alegaciones realizadas respecto al perjuicio al interés público que podría ocasionarse por la tardanza en la resolución del procedimiento de contratación no puedan ampararse, porque nada obstaba tampoco a que el informe al recurso especial se pudiera haber remitido en el plazo de 2 días y no paralizar asimismo este procedimiento del recurso especial. De esta forma, dado el alcance de dichas alegaciones realizadas en el informe al recurso éstas no han podido ser consideradas.

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 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 de un contrato cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, 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 1 a) 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 9 de noviembre de 2022. El acta de la mencionada sesión fue publicada en el perfil de contratante el mismo día y parece que notificada el día 9 de noviembre de 2022. 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 8 de noviembre de 2022, la mesa se reúne para examinar la documentación presentada a efectos del art. 150.2 LCSP señala:

"Analizada por la Mesa de Contratación la subsanación de la documentación presentada por las personas licitadoras propuestas adjudicatarias según la cláusula 10.7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se acuerda por la Mesa de Contratación:

"1. Excluir a EXTERNA SERVICIOS GENERALES DE EMPRESA, SL por los siguientes motivos:
- No acreditar la solvencia técnica o profesional en los términos establecidos en el Pliego, a fecha fin de presentación de la oferta.
- Presenta solicitud de alta en el IAE con fecha posterior a la presentación de oferta tal y como indica el artículo 13 del Reglamento de la Ley de contrato."

1. Alegaciones de la recurrente.

Pone de manifiesto que el acuerdo de exclusión contenido en el acta carece de la suficiente motivación, así expresa que "*No cumple, en particular, la exigencia de expresar "los fundamentos de hecho en que se sustenta y la justificación jurídica", con la finalidad de que mi representada pueda interponer un recurso fundado, como dice el art. 151.2.b) de la LCSP".*

Por otro lado, con relación al apartado 7º del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), señala que el órgano de contratación se habría centrado en un único contrato de los siete presentados para excluirla, y que la forma de proceder del órgano requiriendo la subsanación, le habría causado indefensión, pues no era tiempo suficiente para poder obtener los certificados sobre ciertos trabajos desarrollado en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

Asimismo, en cuanto a la segunda causa de exclusión y siguiendo lo indicado en la cláusula 10.5 del PCAP con relación al I.A.E., alega que: "*se presentó por la empresa certificado emitido por la Agencia Tributaria conforme se encuentra en situación de alta en el censo de Actividades Económicas de la AEAT correspondiente al ejercicio 2022, acompañando dicho certificado con el recibo del último pago efectuado en el ejercicio 2021 (al haberse dado de alta en el citado impuesto en un ejercicio distinto al de la licitación), y con una declaración responsable de "no haberse dado de baja en la matrícula del Impuesto sobre Actividades Económicas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones".*

Por otro lado, respecto al requerimiento formulado por el órgano de contratación, argumenta estar en desacuerdo con su tenor: *"presentar justificante de estar dado de alta en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato del citado impuesto, en este caso sería el 952 "Asistencia y S. Sociales para niños, jóvenes, disminuidos físicos y ancianos en centros no residenciales".* Señala al respecto que *"nada se especificaba en el requerimiento sobre la necesidad de estar dado de alta en el referido epígrafe a la fecha de presentación de la oferta, sino que la obligación se ceñía, exclusivamente, al citado alta*".

Aun así, expresa que la entidad recurrente atendió a la subsanación presentado la documentación acreditativa de estar dada de alta en el referido epígrafe del IAE. No obstante, el órgano de contratación estimó que la documentación no era válida por ser "de fecha posterior a la presentación de oferta". Estima que ello no es dable dado que "*este requisito de estar dado de alta en el IAE con fecha anterior a la presentación de la oferta fue incluido por primera vez en la resolución de exclusión (ni en el requerimiento de subsanación ni tan siquiera en los pliegos se exige tal extremo*)".

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Señala el órgano de contratación que procede la exclusión por los siguientes motivos: *"Del contenido tanto de los pliegos como del resto de documentos que integran el expediente se desprende claramente que el objeto del contrato lo constituye la atención, únicamente, del alumnado con necesidades educativas especiales siendo los códigos CPV indicados el 80340000-9 (Servicios de educación especial), 85312120-6 (Servicios de cuidado diurno para niños y jóvenes discapacitados".*

Expone que el objeto del contrato se deduce no solo del PCAP sino también de la memoria así como de las normas que rigen o inspiran la prestación de estos servicios tales como el artículo 21 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), artículo 71.2, así como la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía (artículo 113.4). Señala que la cláusula 2 del PCAP recoge que conforme al art. 117 LCSP *"el contrato a que se refiere el presente pliego tiene por objeto la prestación de servicio de apoyo y asistencia escolar a alumnos/as con necesidades educativas especiales en los centros docentes públicos de la provincia de Huelva, dependientes de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional de la Junta de Andalucía, en las condiciones establecidas en el pliego de prescripciones técnicas y, en su caso, los modificados que puedan tramitarse en los supuestos previstos en los Arts. 203 a 207 LCSP (…)"*.

Indica que "*Las necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato y los factores de todo orden a tener en cuenta se describen en la Memoria obrante en el expediente son las siguientes: La puesta a disposición a través de un servicio de apoyo y asistencia para que los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas de apoyo específico, por dificultades específicas de aprendizaje, puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales (…)".*

Asimismo, alega que se recoge en el Anexo I del PCAP, apartado 1, 3, 4 del PPT la relación del objeto del contrato con las necesidades educativas especiales. Señala que el contrato tiene por objeto la atención al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo, pero únicamente referido a aquel que presenta necesidades educativas especiales, que es definido en el art. 73 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo.

Alega que los códigos CPV que han sido adoptados por este órgano de contratación (80340000-9 y 85312120-6), determinan a su vez las tareas específicas. De este modo concluye que "*la documentación aportada entiende la mesa de contratación que no se trata de trabajos similares ya que su objeto y destinatarios no son contratos de servicio de apoyo y asistencia escolar a alumnado con necesidades educativas de apoyo específico o servicios de atención a personas con discapacidad dentro del ámbito educativo".*

Añade que: "*A pesar que con fecha 04/11/2022 se le pide subsanación/aclaración, en ningún momento el licitador aclara si los servicios prestados recogidos en los certificados expedidos por los distintos organismos corresponden a los CPV 80340000-9 y 85312120-6".*

Concluye señalando que:

"Del análisis de la documentación presentada por EXTERNA SERVICIOS INTEGRALES DE EMPRESA la Mesa de Contratación estima que no acredita tener solvencia suficiente, ya que los Certificados emitidos por las distintas entidades no se especifica con claridad el objeto de los servicios prestados, ni que estos sean coincidentes con lo exigido tanto en el PCAP como en el PPT, ni con los códigos CPV especificados en los pliegos, por lo que no se puede establecer que la globalidad de los servicios prestados, correspondan a lo requerido por el órgano de contratación, no teniendo nada que ver con la asistencia a menores con discapacidad, a pesar de que la recurrente sostenga lo contrario.

Ante esta falta de claridad, la Mesa de Contratación solicitó al propuesto adjudicatario aclaración con fecha de 4 de noviembre de 2022, como se expone ut supra, dando como plazo los tres días naturales que establecen tanto el pliego de cláusulas administrativas particulares como la ley de contratos del sector público donde la empresa no aporta nuevos certificados de ejecución del órgano competente, sino el propio contrato, que no se pueden admitir a efectos de acreditar la solvencia técnica, pues con ellos no acredita la realización de la prestación".

El informe al recurso no entra en la segunda causa de exclusión, estar al corriente de las obligaciones tributarias.

3. Alegaciones de las entidad interesada.

Se opone solicitando la desestimación del recurso en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidas. Asimismo solicita una compensación económica por las costas en que ha incurrido con ocasión de la presentación de su escrito de alegaciones.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Previa.

Procede en primer lugar abordar el primero de los motivos alegados, es decir, la pretendida falta de motivación. Al respecto este Tribunal dispone de una sentada doctrina sobre la cuestión suscitada y expuesta en su Resolución 74/2021, de 11 de julio que ha sido objeto de desarrollo (v.g. Resoluciones 122/2012, 102/2013, 109/2013, 190/2014, 77/2015, 113/2015, 115/2015, 431/2015, 53/2016, 78/2016, 22/2017, 75/2017, 169/2017, 121/2018, 299/2018, 46/2019, 65/2019, 405/2019, 174/2020, 222/2020, 348/2020, 37/2021, 236/2021, 483/2021, 568/2021, 26/2022, 145/2022 y 157/2022, entre otras). Así, por ejemplo, en las Resoluciones 65/2019, de 14 de marzo y más recientemente 26/2022, de 21 de enero, se indica sobre esta cuestión que: «*Es doctrina reiterada de este Tribunal que la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente. En el sentido expuesto, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre en el Recurso de amparo 3646/1995) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa».*

En este sentido, desde una perspectiva formal puede resultar acertado afirmar que los actos recurridos adolecen de falta de motivación dado que efectivamente y como anteriormente se ha reproducido respecto del acta de la

mesa de contratación, es cierto que se recoge una motivación muy genérica de los motivos que llevan a la exclusión, y tampoco en la notificación del acto se recogen la exclusión los motivos que la han ocasionado, en el sentido establecido en el artículo 151 de la LCSP. Sin embargo, ello no ha impedido que la recurrente haya tenido conocimiento de los motivos por los que su oferta ha sido excluida dados los términos del recurso.

Sentado lo anterior, se debe tener en cuenta que como se manifiesta en la doctrina reproducida la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y ello es lo que este Tribunal considera que no se ha producido en el presente supuesto dado que como se ha indicado la entidad recurrente ha tenido conocimiento concreto de los motivos por los que la mesa de contratación la excluyó y estas cuestiones son recurridas de forma pormenorizada en el escrito de interposición presentado por la entidad recurrente.

Se observa en el acta de la mesa de la sesión de la mesa de contratación de fecha 3 de noviembre de 2022 en la que se examina la documentación previa a la adjudicación conforme al artículo 150.2 LCSP. En la misma se acuerda requerir subsanación en los siguientes términos:

"*c). Documentos que acreditan la solvencia económica y financiera y técnica o profesional.*
Cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil del año 2021, ya que los presentados son del 2020. Dentro de criterios de selección relativos a la solvencia técnica o profesional debe de presentar 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 XI, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes. Los servicios efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario. Los Certificados expedidos por los organismos públicos presentados no incluyen el objeto del contrato, sin embargo en la relación de servicios presentados si aparece uno (Consellería de Educación de las Islas Baleares)) que si tiene el objeto del contrato pero no presenta Certificado del organismo público, por lo que se requiere la presentación del mismo".

-g). Impuesto sobre Actividades Económicas.
Deberá presentar justificante de estar dado de alta en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato del citado impuesto, en este caso sería el 952 "Asistencia y S. Sociales para niños, jóvenes, disminuidos físicos y ancianos en centros no residenciales".

i) Promoción de la igualdad entre mujeres y hombres.
En el supuesto que la vigencia o aplicación efectiva de un Plan de Igualdad que ofrezca dudas a la Mesa de contratación (por ejemplo, no consta el período de vigencia o éste ha transcurrido ya sin que se conozca si se ha prorrogado o no) se solicita a la persona licitadora que presente una declaración relativa a que la misma aplica efectivamente el Plan de Igualdad firmada por la representación de la empresa y de los trabajadores y trabajadoras.

m) Seguro.

Deberá aportar las pólizas de seguros que se indican en el ANEXO I, entre cuyos beneficiarios se incluirá a la Agencia Pública, por los conceptos, cuantías, coberturas, duración y condiciones que se establecen en el mismo".

Por tanto, lógicamente, el acuerdo de exclusión debe entenderse con el requerimiento efectuado, algo que obvia la entidad recurrente, de tal forma que se concluye claramente no haber existido indefensión material, por lo que procede la desestimación de este motivo de recurso.

1. Sobre la cláusula 10.5 relativa a la solvencia, y sobre la documentación previa a la adjudicación exigible, se expresa que:

"1. Efectuada, en su caso, la comprobación establecida en la cláusula precedente, la Mesa de contratación requerirá por medios electrónicos a la persona licitadora a cuyo favor propuso la adjudicación para que, en el plazo de los siete días hábiles siguientes al del envío del requerimiento, presente, a través de SiREC-Portal de Licitación Electrónica, la documentación prevista en las letras siguientes, tanto propia como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, en función de los siguientes supuestos:

"c. Documentos que acreditan la solvencia económica y financiera y técnica o profesional.

1. La acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional se realizará por los medios indicados en los anexos X y XI, que serán evaluados de acuerdo con los criterios de selección que constan en el mismo"

Dicho anexo, recoge que los criterios de selección relativos a la solvencia técnica o profesional del empresario, que habrá de cumplimentarse en todos los contratos de servicios, que la solvencia técnica o profesional se acreditará por medio de una 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 destinatario público o privado de los mismos, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes. Los servicios efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario*".

Asimismo se expresa que, "*el periodo para tener en consideración los servicios realizados será el de los tres últimos años, cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los servicios pertinentes efectuados más de tres años antes indicándose en el anexo I. Se exige que el importe anual acumulado sin incluir impuestos en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 50 % de la anualidad media del contrato correspondiente a los lotes a los que concurra, en servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato".*

Al respecto debe tenerse en cuenta que el Anexo I de los pliegos recoge:

"Sistema para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato: Se considerarán trabajos similares todos aquellos contratos de servicio de apoyo y asistencia escolar a alumnado con necesidades educativas de apoyo específico o contratos de servicios de atención a personas con discapacidad.

Periodo para tener en consideración los servicios realizados a efectos de justificar la solvencia técnica: El cómputo para la determinación del plazo de los servicios o trabajos realizados en los tres últimos años, comenzará a contar a partir del mes en que se produzca la finalización del plazo de presentación de ofertas. Ejemplo: Si la fecha fin de

ofertas fuera Diciembre de 2018 el plazo de los servicios será el comprendido entre Diciembre de 2015 hasta Diciembre de 2018.

Se exige habilitación empresarial o profesión".

A la vista de la información contenida en el expediente, no se adjunta con la documentación del licitador la única documentación referida a un contrato que podría dar lugar a acreditar la solvencia, cual era el certificado del que aparece como único contrato suscrito el 8 de septiembre de 2022 por dicha entidad recurrente con el Gobierno de las Islas Baleares. Se presenta, al parecer el contrato, del que no parece ser el original, ni está traducido al castellano, en el lenguaje oficial en la Administración de la Junta de Andalucía. Por lo que ni es certificado conforme lo que requieren los pliegos, ni en el caso en el que fuera certificado, no se acompañaría de una traducción oficial.

Cumple advertir que no insiste el recurso en determinar que los demás certificados aportados acreditarían la solvencia, dándose por buena la argumentación del requerimiento efectuado sobre el único de los contratos con el que podría acreditarse.

Lo cierto es que el certificado no se ha aportado, ni siquiera ahora, aportándose como prueba que acompaña al recurso, cosa que sí se ha realizado con otro documento como es la presentación de estar dado de alta en el impuesto de actividades económicas.

Cumple al respecto advertir que, respecto de la aportación de la documentación, en el plazo de diez días conforme al artículo 150.2 LCSP, si bien el plazo expiraba el día 31 de octubre, la presentación se realizó el día 20 de octubre. Posteriormente es cuando se da trámite de subsanación.

Respecto a la subsanación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, se debe traer también a colación una reciente Resolución, la 961/2020, de 11 de septiembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), [1]distingue los incumplimientos totales y graves de aportación de la documentación requerida de los incumplimientos simplemente defectuosos llegando a la conclusión de que la interpretación de la "*retirada injustificada de la oferta se limita a los incumplimientos totales de determinadas obligaciones, admitiendo la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones en la cumplimentación del requerimiento en determinados supuestos haciendo prevalecer el derecho de la empresa propuesta como adjudicataria, entendiendo que, después de haberse tramitado el procedimiento de licitación para escoger la oferta económicamente más ventajosa, no parece razonable rechazarla por existir algún error o imperfección en la documentación presentada. Así, en el caso de la constitución de la garantía definitiva, hemos considerado subsanable el defecto consistente en la constitución de una garantía por importe insuficiente, concediendo al efecto un plazo de tres días para la complementación de la garantía inicialmente constituida …*".

Es decir, el órgano de contratación adoptó una posición en la línea de la doctrina hoy consolidada de este Tribunal, (resolución 366/2022), una interpretación flexible del artículo 150.2 de la LCSP, sobre todo teniendo en cuenta las graves consecuencias que implica la declaración de tener por retirada la oferta que produce no solo la falta de adjudicación del contrato a la oferta más beneficiosa económicamente para la Administración sino incluso la imposición de una importante penalidad económica del 3% del presupuesto, por lo que debe

1 En un supuesto concreto de constitución de la garantía definitiva fuera del plazo de cinco días hábiles de la tramitación urgente admite su presentación extemporánea.

reservarse tan sólo a los casos graves de incumplimiento voluntario y total de la obligación, lo que en este caso no se habría producido según hemos razonado.

La subsanabilidad es admitida por este Tribunal, acogiendo precisamente la doctrina contenida en la resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales[2]. Los fundamentos de dicha resolución del TACRC pueden sintetizarse en tres consideraciones:

A.- En primer lugar, que no tiene sentido que tras un relativamente largo y costoso procedimiento para elegir al licitador que ha realizado la oferta económicamente más ventajosa, se le rechace de plano por existir algún error en la documentación presentada para poder realizar la adjudicación a su favor. Esta forma de actuar va en contra del interés general, que debe guiar siempre la forma de actuar de la Administración y con arreglo al cual deben interpretarse las leyes (artículo 103.1 de la Constitución).

B.- Que el artículo 150.2 de la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, establece en relación con este trámite, que "de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediendo a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad". Adviértase del tenor del inciso que señala, "se entenderá", estableciendo una presunción iuris tantum sobre la retirada de la oferta. Asimismo, téngase en cuenta esta presunción, pues al licitador que se le da por desistido en su oferta en este trámite no sólo pierde la posibilidad de que se le adjudique el contrato (siendo la empresa mejor valorada), sino que además se le puede imponer una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación.

C. La resolución señala que admitir la subsanabilidad de la documentación presentada por el licitador propuesto como adjudicatario no se considera que infrinja el principio de igualdad entre licitadores, pues es un trámite obligado para la Administraciones Públicas por la LPAC, y que por ello siempre se aplicará en el mismo sentido.

De acuerdo con los preceptos citados más arriba, y reproducida sintéticamente esta reciente posición doctrinal que sigue la misma línea argumental de este Tribunal, debemos concluir expresando que es subsanable la presentación de documentación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP. No obstante, la subsanabilidad debe ser entendida como acreditación del cumplimiento de los requisitos en plazo, no como la concesión de un plazo complementario para dar cumplimiento a los mismos. Por ello estimamos que el plazo de 24 horas era suficiente para la aportación de un simple certificado de la ejecución de un contrato, el cual debía estar ya expedido.

Por otro lado, y de acuerdo con la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, artículo 3 Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, el castellano es la lengua oficial en Andalucía, así se expresa que:

"1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla.
2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos".

En este sentido, no existe expreso reconocimiento de ninguna otra lengua distinta al castellano en dicho Estatuto.

2 Modificando su doctrina anterior desde la Resolución 747/2018 de 31 de julio

Al respecto debe traerse a colación el artículo 15 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), cuando aborda la lengua de los procedimientos, señalando que:

"*1. La lengua de los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado será el castellano. No obstante lo anterior, los interesados que se dirijan a los órganos de la Administración General del Estado con sede en el territorio de una Comunidad Autónoma podrán utilizar también la lengua que sea cooficial en ella.*

En este caso, el procedimiento se tramitará en la lengua elegida por el interesado. Si concurrieran varios interesados en el procedimiento, y existiera discrepancia en cuanto a la lengua, el procedimiento se tramitará en castellano, si bien los documentos o testimonios que requieran los interesados se expedirán en la lengua elegida por los mismos.

2. En los procedimientos tramitados por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, el uso de la lengua se ajustará a lo previsto en la legislación autonómica correspondiente.

3. La Administración Pública instructora deberá traducir al castellano los documentos, expedientes o partes de los mismos que deban surtir efecto fuera del territorio de la Comunidad Autónoma y los documentos dirigidos a los interesados que así lo soliciten expresamente. Si debieran surtir efectos en el territorio de una Comunidad Autónoma donde sea cooficial esa misma lengua distinta del castellano, no será precisa su traducción".

A la vista de ello, no asiste la razón a la recurrente, pues respecto al único contrato que se aporta que pudiere acreditar la solvencia, no se aporta certificado. Y a mayor abundamiento, ni aunque fuera válido no se acredita que se aporte el documento contractual original o copia fiel del mismo, y tampoco en castellano.

Por lo tanto, no puede prosperar el recurso por este motivo no pudiendo este Tribunal pronunciarse ya que ni se encuentra el certificado, ni se puede pronunciar sobre documentos que no están redactados en la lengua oficial de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. Respecto el segundo motivo que supone la imposibilidad de contratar con el mismo, con relación a la exigencia de la cláusula 7ª del PCAP señala en el apartado g) relativo al "*Impuesto sobre Actividades Económicas",* que:

"Si la persona licitadora se hubiera dado de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas en el ejercicio corriente, deberá presentar justificante de estar dada de alta en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato, del citado impuesto. 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."

Diversas consideraciones cumplen realizar al respecto:

A) 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 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 citado 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[3] (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 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*

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

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 sí 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, [4]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).

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

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 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.

Al respecto señala la entidad que habría cumplido pues expresamente menciona que: *"Siguiendo lo indicado en la Cláusula 10.5 del PCAP (pág. 20), con relación al I.A.E., se presentó por la empresa certificado emitido por la Agencia Tributaria conforme se encuentra en situación de alta en el censo de Actividades Económicas de la AEAT correspondiente al ejercicio 2022, acompañando dicho certificado con el recibo del último pago efectuado en el ejercicio 2021 (al haberse dado de alta en el citado impuesto en un ejercicio distinto al de la licitación), y con una declaración responsable de "no haberse dado de baja en la matrícula del Impuesto sobre Actividades Económicas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones".*

B) La cuestión estriba por tanto en que dicho certificado de estar dado de alta en otro epígrafe, no se estimaba suficiente, pues el justificante de estar dado de alta en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato del citado impuesto sería el 952 "Asistencia y S. Sociales para niños, jóvenes, disminuidos físicos y ancianos en centros no residenciales", lo cual solo se habría requerido tras el examen de la documentación previa (150.2 LCSP), no habiéndose expresado en el PCAP.

Es decir, en conclusión, no habiéndose expresado nada en el PCAP sobre si el epígrafe en el que estaba dado de alta la entidad recurrente fuera suficiente para acreditarlo, la cuestión estriba en determinar si, era o no necesario especificar en el PCAP la necesidad de estar dado de alta en el referido epígrafe a la fecha de presentación de la oferta, de tal modo que fuera válido estar dado de alta a la fecha de la adjudicación, siendo válida la subsanación presentada, pues se habría dado de alta en el referido epígrafe del IAE si bien con ocasión de la subsanación.

A efectos de determinarlo debe acudirse el art. 13.1.a) del Real Decreto 1098/2001, que aprueba el Reglamento General de Contratación (RGLCAP), y en particular, sobre la necesidad de que las entidades recurrentes estén dadas de alta en el epígrafe correspondiente a la actividad objeto del contrato cuando ya la ejercen, y si cabe hacer una interpretación extensiva del contenido de los epígrafes en los que esté dado de alta el licitador.

A efectos de la acreditación de estar al corriente en las obligaciones tributarias, establecida como requisito para poder contratar con la Administración, el artículo 13.1.a) del RGLCAP dispone lo siguiente: *"...se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias cuando, en su caso, concurran las siguientes circunstancias:*

a) Estar dadas 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 vengan realizando... que les faculte para su ejercicio en el ámbito territorial en que las ejercen."

A tal efecto, el artículo 15.1 del citado RGLCAP establece lo siguiente: "*Las circunstancias mencionadas en los artículos 13 y 14 de este Reglamento se acreditarán mediante certificación administrativa expedida por el órgano competente, excepto la referida al apartado 1, letra a), del artículo 13, cuya acreditación se efectuará mediante la presentación del alta, referida al ejercicio corriente, o del último recibo del Impuesto sobre Actividades*

Económicas .. .. No obstante, cuando la empresa no esté obligada a presentar las declaraciones o documentos a que se refieren dichos artículos, se acreditará esta circunstancia mediante declaración responsable."

Por otra parte, el Informe 4/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 25 de marzo, aborda esta cuestión, analizando las normas reguladoras del Impuesto de Actividades Económicas (IAE). Señala al respecto que están recogidas esencialmente en los artículos 78 a 91 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), y en el Real Decreto Legislativo 1175/1990 por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del impuesto, así como en la normativa de desarrollo contenida en el Real Decreto 243/1995, por el que se dictan normas para la gestión del impuesto. Señala que de este *"conjunto normativo se extraen, a los efectos que interesan al presente informe, las siguientes consideraciones:*

- El IAE grava el mero ejercicio de actividades empresariales, profesionales o artísticas, cuyo contenido se define en las tarifas que se establezcan para el impuesto, y cuya realización se probará por cualquiera de los medios admisibles en derecho (arts. 78, 79 y 80 del TRLRHL).

- La delimitación del contenido de las actividades gravadas se realizará de acuerdo con las características de los sectores económicos, tipificándolas, con carácter general, mediante elementos fijos, y clasificándolas con arreglo a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas. A efectos de la gestión tributaria, anualmente se confecciona la matrícula del impuesto, constituida por los censos comprensivos de las actividades económicas, por los sujetos pasivos sometidos al impuesto, y por las cuotas mínimas aplicables (art. 85 del TRLRHL).

- El mero ejercicio de cualquier actividad económica especificada en las tarifas, así como el de cualquier otra actividad de carácter empresarial, profesional o artístico no especificada en aquéllas, dará lugar a la obligación de presentar la correspondiente declaración de alta y de contribuir por este impuesto (regla 2 del Anexo II del Real Decreto Legislativo 1175/1990).

- Las actividades no especificadas en las tarifas, se clasificarán, provisionalmente, en el grupo o epígrafe correspondiente a la actividad a la que por su naturaleza más se asemejen, y tributarán por la cuota asignada a ésta (regla 8 del Anexo II del Real Decreto Legislativo 1175/1990).

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, la respuesta a la cuestión sobre la posible interpretación extensiva del contenido de los epígrafes del IAE en relación con el objeto del contrato a licitar, ha de darse teniendo en cuenta dos posibles supuestos:

a) Que el objeto del contrato a licitar encaje en el objeto o ámbito de actividad de la empresa licitadora, pero que ésta no esté dada de alta en un epígrafe específico del IAE correspondiente a la actividad de que se trate.

En tal caso, la empresa en cuestión no podría ser adjudicataria del contrato, pues habría incumplido la obligación de presentar la declaración de alta a que se refiere la regla 2 del anexo II del Real Decreto Legislativo 1175/1990 EDL 1990/14653 , teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en la citada regla 2 y en la regla 8 de dicho anexo, tal actividad deberá tener encaje, en todo caso, en el censo de actividades que integran la matrícula del impuesto, bien por estar incluida específicamente en alguna de las actividades recogidas expresamente en alguna de las tarifas del impuesto, o bien por haber sido clasificada provisionalmente en el epígrafe correspondiente a la actividad a la que, por su naturaleza, más se asemeje.

b) Que la empresa se encuentre en alta en todos los epígrafes correspondientes a las distintas actividades que integran su objeto social, pero que la descripción del objeto del contrato a licitar no coincida exactamente con los contenidos que, definidos en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, se especifican en las tarifas del impuesto en las que está dada de alta la empresa de que se trate.

En tal caso, la comprobación de la posible correspondencia entre el contenido de las actividades en las que la empresa se encuentra en alta en el IAE, y el contenido de las prestaciones que integran el objeto del contrato a licitar, ha de realizarse teniendo en cuenta los términos amplios utilizados en el artículo 46.1 de la LCSP para delimitar tal correspondencia. De esta forma, tal comprobación habrá de verificar si las actividades de que se trate tienen o no encaje en los "fines, objeto o ámbito de actividad" de la empresa, sin que sea necesaria, en consecuencia, la coincidencia literal de los términos en que estén descritas las actividades de los epígrafes del IAE en que esté dada de alta la empresa y las prestaciones que integran el objeto del contrato".

Cumple advertir al respecto que nada de ello se ha acreditado por parte de la entidad recurrente de tal modo, que lo único que pone en duda es el momento en el que debía cumplir con el alta, lo cual ha quedado resuelto que lo era en el momento de presentar la oferta.

Por otro lado, la comprobación de la correspondencia entre el contenido de las actividades en las que una empresa se encuentra en alta en el IAE , y el contenido de las prestaciones que integran el objeto de un contrato a licitar, ha de realizarse teniendo en cuenta si las actividades de que se trate tienen o no encaje en los fines, objeto o ámbito de actividad de la empresa, sin que sea necesaria la coincidencia literal de los términos en que estén descritas las actividades que integran los epígrafes del IAE y las prestaciones que integran el objeto del contrato, habiendo concluido el órgano de contratación que el epígrafe es el 952 sin que haya sido rebatido por la entidad recurrente con la invocación de otro epígrafe con el que habría cumplido. Se limita a decir que se habría dado de alta, pero con posterioridad al requerimiento de subsanación.

Al respecto, y sobre la decisión de estar excluida por no estar al corriente de las obligaciones tributarias por este motivo, conviene recordar que, a falta de argumentos en contra, asiste al órgano de contratación la discrecionalidad técnica a la hora de apreciarlo. En la apreciación del epígrafe correspondiente existen ciertos elementos técnicos aplicados por el órgano de contratación que el Tribunal no puede corregir sin existir argumentos jurídicos que determinen la equivocación del mismo, algo que aborda la entidad recurrente en su recurso.

No se quiere decir con ello que el resultado de la exigencia no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis, en la medida en que entrañe criterios, debe ser argumentado por parte de la entidad recurrente, sin que corresponda a este Tribunal construir los argumentos.

La función de este Tribunal no es la de suplantar el acierto técnico, sino comprobar que el requerimiento y la decisión se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con los pliegos y la normativa de aplicación, y por ser suficientemente motivada. Asiste pues cierta discrecionalidad técnica al órgano de contratación, que no ha sido rebatida.

Finalmente, respecto de la solicitud de la entidad interesada solicitando la desestimación del recurso y que se acuerde una compensación económica por las costas en que ha incurrido por la presentación del escrito de alegaciones, indicar que no está previsto en el procedimiento de recurso especial la imposición de costas en el sentido alegado por la entidad por lo que no procede acceder a lo solicitado por la misma.

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 **EXTERNA SERVICIOS GENERALES DE EMPRESA S.L.**, contra el acuerdo de la mesa, de 9 de noviembre de 2022, por el que se la excluye del procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de apoyo y asistencia escolar para alumnado con necesidades educativas especiales en los centros docentes públicos de la provincia de Huelva, dependientes de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional de la Junta de Andalucía) (Expte. CONTR 2022 682326 00212/ISE/2022/HU), convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación.

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.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 16 de diciembre de 2022.

CUARTO. Remitir al órgano competente en materia de personal de la entidad contratante la presente resolución a los efectos previstos en la disposición adicional vigésimo octava de la LCSP, dado el incumplimiento de las obligaciones legales expuestos en los antecedentes de esta 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.