Recurso 545/2022
Resolución 36/2023
Sección Segunda

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

Sevilla, 23 de enero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **LÓPEZ CANTAL ABOGADOS S.L.P y ALCÁN ABOGADOS Y ECONOMISTAS S.L.P** -que concurrieron a la licitación con el compromiso de constitución en Unión temporal de empresas (UTE)- contra el acto de exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Servicio de consultoría y asistencia técnico-jurídica de la empresa Gestión de Aguas del Levante Almeriense» (Expediente DIR210806) convocado por GESTIÓN DE AGUAS DEL LEVANTE ALMERIENSE S.A (en adelante, GALASA), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 31 de agosto de 2021 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria del contrato denominado «Servicio de consultoría y asistencia técnico-jurídica» con un valor estimado de 190.200 euros. En dicha fecha los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados.

Conforme a la Disposición adicional octava de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) los contratos excluidos de la aplicación de la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en esta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada.

En este sentido, si bien la entidad pública empresarial GALASA ostenta la condición de entidad contratante y está incluida en el ámbito de aplicación subjetiva del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, (en adelante, RD Ley 3/2020) el objeto de la licitación que nos ocupa, al tratarse de un contrato de servicios jurídicos, se encuentra excluido expresamente del referido RD Ley 3/2020 conforme a lo dispuesto en los artículos 18 y 20 del mencionado texto legal.

Por tanto, la licitación se rige por la Ley 9/2017, por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

SEGUNDO. Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, en la sesión de la mesa de contratación de fecha 22 de noviembre de 2022, se acuerda excluir a la recurrente del procedimiento de adjudicación por el motivo de *"no haber acreditado estar al corriente con sus obligaciones tributarias y con la seguridad social a fecha del plazo de finalización de presentación de ofertas".*

Consta en el expediente remitido que la exclusión fue comunicada a la UTE recurrente mediante publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público con fecha 5 de diciembre de 2022.

TERCERO. El 28 de diciembre de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades antes indicadas contra su exclusión de la licitación.

Con fecha 29 de diciembre de 2022 la Secretaría del Tribunal recabó del órgano de contratación la documentación necesaria para su tramitación y resolución que tuvo entrada el 3 de enero de 2023 en este Tribunal.

El 13 de enero de 2023 este Tribunal acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento, instada por la recurrente.

Tras la cumplimentación del trámite de alegaciones a los interesados con traslado del escrito de recurso por plazo de cinco días hábiles, con fecha 19 de enero de 2023 se han recibido las presentadas por la entidad SEGURA ABOGADOS S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

A la hora de determinar la competencia de este Tribunal para conocer del recurso interpuesto, es necesario analizar si el contrato se haya comprendido dentro del ámbito de aplicación del RD Ley 3/2020, y, por tanto, puede considerarse una reclamación de las reguladas en el Capítulo II del Título VII (artículos 119 y siguientes), o si por el contrario debe quedar sujeto a la LCSP.

En este sentido, quedan fuera del ámbito de aplicación del RD Ley 3/2020 los contratos celebrados por las entidades sujetas a dicho real decreto ley que, o bien no desarrollen actividades comprendidas en su ámbito, o bien cuando, pese a estar incluidas en su ámbito, éstas no superen el umbral legal del artículo 1 del mencionado texto legal. Ahora bien, no es lo mismo que un contrato quede o no sujeto al ámbito de aplicación del RD Ley 3/2020, que quede excluido expresamente del mismo.

El artículo 20 del RD Ley 3/2020, bajo la rúbrica, "*Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios y de concesión de servicios"* contempla, entre los contratos expresamente excluidos, en la letra c) alguno de los servicios jurídicos mencionados en los ordinales 1 al 5 entre los que se mencionan "*Otros servicios jurídicos que estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público*"**.** En el caso que nos ocupa, según la memoria justificativa que obra en el expediente remitido, el objeto y la calificación del contrato es «la

prestación de los servicios de la "CONSULTORIA Y ASISTENCIA TÉCNICO JURÍDICA DE GALASA, Gestión de Aguas del Levante Almeriense, S.A" en el que se incluye principalmente la prestación del servicio de asesoramiento jurídico y defensa general de GALASA en relación con todas las cuestiones, consultas, incidencias y procedimientos judiciales de las diferentes jurisdicciones que se susciten en el marco de su actividad en el ejercicio de sus competencias durante la vigencia del contrato". Entre otras prestaciones, comprende, la asesoría jurídica general, con obligación de concurrir a las dependencias de la empresa a requerimiento de la misma; sin vinculación laboral; las consultas en materia laboral, mercantil y tributaria; la supervisión de expedientes administrativos que puedan incoar las autoridades competentes en materia de aguas; las relaciones de GALASA con las Corporaciones Locales, así como la gestión completa, incluida la vía judicial, de todos los expedientes de reclamación de cantidad de facturas frente a los usuarios.

Para determinar la sujeción a la Ley de Sectores Especiales (LSE) de una actividad contractual a desarrollar por una entidad que tenga la condición de contratante a los efectos del artículo 5 de la LSE, el informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Expte. 37/20) señala que es imprescindible que el contrato en cuestión cumpla los requisitos subjetivo, y objetivo, en su doble vertiente cuantitativa y de tipología y funcional, concretado este último en que el objeto del contrato guarde una relación no simplemente genérica o lejana con las actividades específicamente mencionadas en el artículo 8 de la LSE. El referido informe señala que *el propio legislador está reconociendo la existencia de dos ámbitos de actividad que están perfectamente separados: uno, que se refiere a actividades sujetas a la LS; y otro, que admite expresamente que las entidades contratantes puedan desarrollar actividades que no son las propias de la LS, como serían cualesquiera propias del funcionamiento ordinario de la entidad en cuestión y aquellas que sólo guarden una relación lejana e indirecta con la actividad sujeta a la LS.*

El objeto de la licitación que nos ocupa es un contrato de consultoría y asistencia jurídica, de carácter general, comprensivo de la globalidad de la labor de defensa y asesoramiento jurídico de la entidad. Es por ello, que a tenor del objeto contractual, y de conformidad con lo establecido en el artículo 20 del RD Ley 3/2020, está excluido expresamente, y por tanto, queda sujeto al régimen del recurso especial de la Ley 9/2017.

Por otra parte, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por una entidad pública empresarial, dependiente de una entidad local andaluza. Conforme a los Estatutos de GALASA, en su composición figuran como accionistas la Diputación Provincial de Almería con más de la mitad del accionariado y más de veinte municipios pertenecientes todos a la provincia de Almería que conforman el resto del accionariado, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del presente recurso de la aplicación del apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, pues aun cuando aquella no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación provincial, ha remitido a este Órgano la documentación necesaria para la tramitación y resolución de la presente reclamación.

Por tanto, 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, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la UTE 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.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de las licitadoras que concurren con el compromiso de constitución en UTE en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público que tiene 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.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 apartados c) y d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la UTE recurrente.

Solicita que «*se anule la resolución impugnada y todas las actuaciones que se puedan haber practicado con posterioridad, que se considere acreditada la circunstancia de estar al corriente en el pago de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones mediante las declaraciones responsables presentadas por las dos empresas que forman la UTE LÓPEZ CANTAL ABOGADOS S.L.P- ALCÁN ABOGADOS Y ECONOMISTAS S.L.P con el consiguiente efecto de la adjudicación del contrato a la misma*»

La UTE recurrente acciona contra su exclusión esgrimiendo que el extremo por el que ha sido excluida- no estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones (16 de septiembre de 2021)- está acreditado, a su juicio, mediante la aportación de la declaración responsable.

En ese sentido, indica que el objeto del recurso debe quedar delimitado a concretar si, a la fecha de presentación de las ofertas, 16 de septiembre de 2021, la acreditación de estar al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y de seguridad social debe realizarse mediante las oportunas certificaciones de los órganos administrativos, o mediante la correspondiente declaración responsable. Asimismo, manifiesta que cuando se le efectuó el requerimiento de documentación previa a la adjudicación, ya puso de manifiesto la imposibilidad de aportar certificados a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, puesto que, tanto los certificados expedidos por la Administración Tributaria (AT) como los de la Seguridad Social (SS) se obtienen a través de las aplicaciones informáticas, que se expiden siempre a la fecha de la solicitud, y con validez a partir de dicha fecha.

Alega que ni el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) ni la LCSP exigen la presentación de una certificación acreditativa de estar al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y de seguridad social a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones, puesto que en tal fecha es suficiente para la acreditación de tal extremo la declaración responsable del licitador. Así, indica que cuando la cláusula 17 del PCAP se refiere a la acreditación de la capacidad para contratar, y en concreto al requerimiento al licitador propuesto como adjudicatario de la documentación acreditativa de estar al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y con la SS impuestas por las disposiciones vigentes, el PCAP no establece ni que las certificaciones vengan referidas a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones ni a la

fecha de requerimiento de la documentación tras la propuesta de adjudicación. No obstante, en el recurso se hace hincapié en que ambas empresas -que concurrieron con el compromiso de UTE- solicitaron tanto a Hacienda como a la SS las certificaciones requeridas, evidenciándose, con ello, su voluntad de cumplir con la exigencia del órgano de contratación. Así, relatan que hasta la fecha han obtenido:

-Con relación a la entidad LÓPEZ CATALÁN ABOGADOS S.L.P ha obtenido a fecha 2 de diciembre de 2022 (posterior al acta de la mesa y por tanto, a la exclusión) certificación de la AT acreditativa de estar al corriente en sus obligaciones tributarias a fecha 16 de septiembre de 2021 (Documento n.º 13 de la documentación anexa al recurso) estando pendiente de obtener la certificación de la SS.

-Con relación a la entidad ALCÁN ABOGADOS Y ECONOMISTAS S.L.P ha obtenido la certificación de la SS (Documento n.º 14 de la documentación anexa al recurso) que indica la inexistencia de deudas a fecha 16 de septiembre de 2021, mientras que la Hacienda Foral de Navarra ha indicado la imposibilidad de obtener la certificación solicitada por tener que referirse a la fecha de la solicitud (Documento n.º 15 de la documentación anexa al recurso).

Las recurrentes exponen que, si bien conforme al párrafo cuarto del artículo 140 de la LCSP, está claro que las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones para contratar deben concurrir en la fecha inicial de presentación de proposiciones y subsistir en el momento de la perfección del contrato, el referido precepto no exige que el cumplimiento del requisito haya de acreditarse en el momento de presentación de ofertas de modo distinto a la declaración responsable.

En ese sentido, manifiestan que las dos empresas que concurrieron con el compromiso de constituir una UTE aportaron sendas declaraciones responsables en las que se hizo constar la ausencia de prohibiciones para contratar, y en particular, estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la SS, siguiendo el modelo de declaración responsable establecido por GALASA.

Las recurrentes se apoyan en algunas resoluciones de este Tribunal, mencionando entre otras la Resolución 16/2017, 17/2017; 18/2017; 19/2017 y 20/2017, todas de fecha 27 de enero de 2017 y trae a colación el Informe n.º 28/2002, de 23 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, así como el Informe n.º 6/2021, de 17 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid que concluye que la forma de acreditar el requisito establecido en el artículo 140.4 de la LCSP por los licitadores, en el momento de presentar su oferta o solicitud de participación, es mediante una declaración responsable del licitador, mientras que la forma de acreditar que cumple el propuesto como adjudicatario en el momento de perfección del contrato será mediante el documento justificativo correspondiente, referido a ese momento, en el plazo previsto en el artículo 150.2 de la LCSP.

Finalmente, alegan que la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1210/2020, de 28 de septiembre en que se fundamenta la decisión de la mesa de contratación que impugnan, no va referida a la forma de acreditación sino al momento en que debe cumplirse el requisito, que no deja lugar a dudas que debe serlo en el momento de la licitación o presentación de la oferta.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los motivos del recurso, y solicita la desestimación del mismo al considerar que las alegaciones formuladas en el recurso, no desvirtúan los argumentos vertidos en el acta de la mesa de contratación, ni el motivo que justificó la exclusión de la UTE de la presente licitación.

Al respecto, indica que las resoluciones invocadas en el recurso, sobre la cuestión planteada, se refieren a supuestos que no se rigen por la Ley 9/2017, y son anteriores a la Sentencia nº1210/2020, de 28 de septiembre, del Tribunal Supremo que realiza una interpretación sobre el momento en que han de cumplirse con las obligaciones con la SS y con Hacienda.

Según defiende en el informe, la declaración responsable no acredita los requisitos de participación en una licitación, ya que es un documento mediante el cual el licitador declara que cumple con los requisitos para poder participar en la licitación y dispone de la documentación que lo avala, siendo el momento posterior de requerimiento, en su caso, de la documentación previa a la adjudicación del contrato, al licitador propuesto como adjudicatario cuando se analiza si se cumplen los requisitos de capacidad y solvencia técnica y financiera.

3. Alegaciones de las entidades interesadas.

La entidad SEGURA ABOGADOS S.L formula escrito de alegaciones en el que se opone al recurso, con arreglo a los siguientes motivos:

En primer lugar, solicita la inadmisión del mismo por entender que, aunque el contrato se celebra por una entidad comprendida dentro del ámbito subjetivo del RD Ley 3/2020, de sectores especiales, queda fuera de su ámbito objetivo, por no superar el umbral establecido en el artículo 1 del mencionado Real Decreto, por lo que considera que no está sujeto al referido RD Ley 3/2020, y por tanto, no es susceptible de reclamación ex artículo 119 ni tampoco del recurso especial previsto en la LCSP. Invoca, al efecto, la Resolución 47/2020, de este Tribunal, así como la Resolución 242/2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En segundo lugar, alega que es correcta la exclusión ante la falta de acreditación por las recurrentes del efectivo cumplimiento de las obligaciones tributarias y de SS a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones, en el trámite de requerimiento de documentación del artículo 150.2 de la LCSP. En este sentido, argumenta que la declaración responsable que exige el artículo 140 de la LCSP no acredita el cumplimiento efectivo de las referidas obligaciones, siendo exigible que los licitadores acrediten el cumplimiento de tales circunstancias no solo en el momento de presentación de sus ofertas, sino a la hora de formalización del contrato, invocando, en este sentido, la interpretación adecuada del artículo 140.4 de la LCSP conforme a la STS 1210/2020, de 28 de septiembre.

SEXTO: Fondo del asunto: sobre las consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen del motivo en que se sustenta.

Con carácter previo, hemos de pronunciarnos sobre la causa de inadmisión planteada por la entidad interesada SEGURA ABOGADOS S.L respecto de la competencia de este Tribunal para conocer del recurso interpuesto. Al respecto, y tal y como se ha examinado en el Fundamento de Derecho Primero, el contrato licitado, cuyo objeto son los servicios jurídicos, está expresamente excluido del RD ley 3/2020 en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 del mencionado texto legal, a diferencia de lo que sostiene la recurrente que alega que el contrato licitado no es susceptible de reclamación por no estar sujeto a regulación armonizada ni es tampoco un contrato excluido, entendiendo, de manera errónea, que, en tal caso, no es susceptible de recurso especial.

Por ello, no es extrapolable la Resolución 47/2020 de este Tribunal invocada en el escrito de alegaciones, que inadmitió el recurso especial interpuesto por una entidad incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 31/2007,

de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (texto derogado por el RD Ley 3/2020) puesto que el supuesto examinado se refería a un contrato cuyo objeto, si bien quedaba comprendido en el ámbito objetivo de la Ley, tenía un valor estimado inferior al establecido en el artículo 16, por lo que el procedimiento de adjudicación debía sujetarse a la LCSP, sin que fuese posible la interposición de la reclamación regulada en el artículo 101 de la misma, por estar dicha vía de impugnación prevista únicamente para los procedimientos de contratación a los que les resultara de aplicación la propia Ley 31/2007.

En efecto, en aquel caso, y conforme al criterio mantenido por este Tribunal (v.g. Resoluciones 52/2018, de 23 de febrero, 65/2018, de 14 de marzo, 153/2018, de 23 de mayo, 22/2019, de 29 de enero, 117/2019, de 22 de abril, 310/2019, de 26 de septiembre y 375/2019, de 7 de noviembre, entre otras) y por otros órganos de resolución de recursos contractuales como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, se acordó la inadmisión del recurso al entender que la remisión de la disposición adicional cuarta de la Ley 31/2007, según su tenor literal, a las *«normas pertinentes»* de la LCSP, debía entenderse en el sentido de que la aplicación de las normas pertinentes se refiere a las materiales de la contratación y no a las del recurso especial en materia de contratación, concluyendo que no era posible la interposición del citado recurso especial contra los actos producidos en el expediente de contratación.

Dicho criterio no puede aplicarse al supuesto que se nos plantea, conforme hemos analizado.

A mayor abundamiento, el pliego regulador de la licitación contempla en la cláusula 1 la remisión a la disposición adicional octava, apartado dos de la LCSP, y prevé en la cláusula 42, relativa al régimen de recursos, la procedencia del recurso especial en materia de contratación, así como la competencia de este Tribunal como órgano competente para conocer del recurso.

Sentado lo anterior, procede entrar a analizar el fondo del asunto planteado, como abordamos a continuación.

La UTE recurrente sostiene que la decisión de la mesa de excluirla de la licitación por el motivo indicado es contraria a derecho, puesto que el extremo relativo a hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la SS, a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones, sí estaba acreditado mediante la aportación de la correspondiente declaración responsable a la fecha de presentación de ofertas.

Por el contrario, el órgano de contratación defiende la actuación administrativa al considerar que la declaración responsable no acredita los requisitos de participación en una licitación, esgrimiendo que el hecho de solicitar el licitador –propuesto como adjudicatario- las certificaciones en una fecha igual o inmediatamente anterior a la fecha de presentación de las ofertas, no supone una carga administrativa ni excesiva.

El objeto del recurso consiste, pues, en determinar si, en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, la forma de acreditar el requisito de estar al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y con la SS, exige -como entiende el órgano de contratación- la aportación por la UTE de certificados expedidos por los correspondientes organismos administrativos referidos a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones, o si, por el contrario, como defiende la recurrente, a la fecha de presentación de ofertas, la acreditación del requisito se efectúa mediante la declaración responsable, y en el momento previo a la adjudicación, se aportan las certificaciones referidas a ese momento y no al de presentación de las ofertas, que ya se acreditó mediante aquella.

Pues bien, para resolver la controversia hemos de partir de los siguientes datos de interés que se desprenden del expediente de contratación:

- La fecha final de presentación de ofertas fue el 16 de septiembre de 2021 según el anuncio de licitación publicado en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

- Mediante resolución, de 28 de julio de 2022, del órgano de contratación se requirió a la UTE recurrente como licitador que presentó la mejor oferta, y quedó clasificada en primer lugar, para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150.2 de la LCSP en el plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a aquel en que hubieran recibido el requerimiento, remitiese la documentación indicada en la cláusula 17 del PCAP.

- Consta en el acta de la mesa de contratación en su sesión de fecha 19 de octubre de 2022, que, tras el análisis de la documentación previa a la adjudicación del contrato por la UTE recurrente -presentada con fecha 18 de agosto de 2022, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público- se constató que debía requerirse a las dos empresas integrantes de la UTE para que aportasen los certificados de estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la SS y con Hacienda a la fecha de finalización de las ofertas, al indicar que habían aportado certificados con fecha de agosto de 2022.

- Consta en la documentación obrante en el expediente administrativo remitido que las entidades integrantes de la UTE presentaron en el plazo de subsanación concedido:

  1. Certificado de fecha 27 de octubre de 2022 de la Hacienda Foral de Navarra por la que se acredita que la entidad ALCAN ABOGADOS Y ECONOMISTAS ASOCIADOS S.L.P está a la fecha de emisión al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

  2. Certificado de fecha 8 de octubre de 2021 de la Hacienda Foral de Navarra por la que se acredita que la entidad ALCAN ABOGADOS Y ECONOMISTAS ASOCIADOS S.L.P está a la fecha de emisión al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

  3. Certificado de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) de fecha 8 de octubre de 2021 por la que se acredita que la entidad ALCAN ABOGADOS Y ECONOMISTAS ASOCIADOS S.L.P está al corriente en el cumplimiento de las obligaciones con la SS.

  4. Certificado de la TGSS de fecha 27 de octubre de 2022 por la que se acredita que la entidad ALCAN ABOGADOS Y ECONOMISTAS ASOCIADOS S.L.P está al corriente en el cumplimiento de las obligaciones con la SS.

  5. Certificado de la Agencia Tributaria de fecha 8 de octubre de 2021 por la que se certifica que la entidad LOPEZ CANTAL ABOGADOS S.L.P se encuentra al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias.

  6. Certificado de la la TGSS de fecha 8 de octubre de 2021 por la que se certifica que la entidad LÓPEZ CANTAL ABOGADOS S.L.P está en la fecha de emisión al corriente en el cumplimiento de las obligaciones con la SS.

7. Certificado de la Agencia Tributaria de fecha 2 de noviembre de 2022 por la que se certifica que la entidad LÓPEZ CANTAL ABOGADOS S.L.P se encuentra al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributaria.

8. Certificado de la TGSS SS de fecha 2 de noviembre de 2022 por la que se acredita que la entidad LOPEZ CANTAL ABOGADOS S.L.P está al corriente en el cumplimiento de las obligaciones con la SS.

9. Solicitud presentada por LOPEZ CANTAL ABOGADOS S.L.P con fecha 2 de noviembre de 2022 ante el Ministerio de Hacienda para la emisión de certificado de estar al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias en una fecha determinada, 16 de septiembre de 2021.

10. Solicitud presentada con fecha 2 de noviembre de 2022 ante la Hacienda Foral de Navarra por ALCAN ABOGADOS Y ECONOMISTAS ASOCIADOS S.L.P para la emisión de certificado de estar al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias en una fecha determinada, 16 de septiembre de 2021.

11. Consta también en el expediente escrito de fecha 2 de noviembre suscrito por la UTE recurrente calificado como "*Declaración inexistencia prohibición de contratar"* en el que exponen las vicisitudes para recabar de los organismos administrativos correspondientes los certificados requeridos, e insiste en argumentos similares a los que desarrolla en el escrito de recurso. Asimismo, explica que los certificados que aporta de fecha octubre de 2021 corresponden a otras licitaciones y se han aportado con el propósito de demostrar la voluntad inequívoca de cumplir y ante la imposibilidad de obtener certificados en el momento presente que acrediten estar al corriente en una fecha anterior.

- Consta en el acta de la sesión de fecha 22 de noviembre de 2022 que la exclusión del licitador obedece a la falta de acreditación de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la SS.

Expuestos los datos necesarios para resolver la controversia, hemos de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 140 de la LCSP que establece, por lo que aquí nos interesa, lo siguiente: «*1. En relación con la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, se observarán las reglas establecidas a continuación:*

a) Las proposiciones en el procedimiento abierto deberán ir acompañadas de una declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación de conformidad con lo indicado en el artículo siguiente, que deberá estar firmada y con la correspondiente identificación, en la que el licitador ponga de manifiesto lo siguiente. (….)

3.º Que no está incursa en prohibición de contratar por sí misma ni por extensión como consecuencia de la aplicación del artículo 71.3 de esta Ley
(….)

4. Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones para contratas a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato».

Por otro lado, el artículo 150.2 de la LCSP establece que « *una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta para que, dentro del plazo de diez días hábiles, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos*»

En el PCAP regulador de la contratación que nos ocupa, la cláusula 15 bajo la rúbrica « *Forma y contenido de las proposiciones*» establece que «*Los sobres se dividen de la siguiente forma:*

A) SOBRE Nº 1 "DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA" que incluirá, preceptivamente, los siguientes documentos:
1.- Declaración Responsable del licitador indicativa del cumplimiento de las condiciones establecidas legalmente para contratar con GALASA.
La declaración responsable se presentará conforme al modelo incluido en el Anexo del presente pliego (Anexo IV)»

Respecto de la capacidad de obrar, la cláusula 17 del PCAP, bajo la rúbrica **«** *Acreditación de la capacidad para contratar y efectos de la propuesta de adjudicación*» establece lo siguiente:

«*Una vez aceptada la propuesta de la Mesa por el órgano de contratación, se requerirá al licitador propuesto como adjudicatario para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación indicada en la presente cláusula utilizando medios electrónicos a través de la Herramienta de Preparación Presentación de ofertas que la Plataforma de Contratación del Sector Público pone a disposición de candidatos y entidades licitadoras para tal fin:*

(...)

3) Documentación acreditativa de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes.

Obligaciones tributarias:
a) Alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas en el epígrafe correspondiente al objeto del Contrato, siempre que ejerza actividades sujetas a dicho impuesto, en relación con las que venga realizando a la fecha de presentación de su proposición, referida al ejercicio corriente, o el último recibo. En cualquiera de los dos casos, deberá aportarse también una declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del citado impuesto.
(…)
b) Certificación positiva expedida por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, en la que se contenga genéricamente el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 13 del RGLCAP.
Obligaciones con la Seguridad Social:
Certificación positiva expedida por la Tesorería de la Seguridad Social, en la que se contenga genéricamente el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 14 del RGLCAP.
(…) »

Así, de lo anterior podemos inferir que resulta indiscutible que el requisito de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social debe cumplirse por el licitador en el momento de presentar las proposiciones y debe subsistir en el momento de la adjudicación. Ahora bien, cuestión distinta es la forma de acreditar el cumplimiento de este requisito previo en el requerimiento de documentación previa a la adjudicación al licitador propuesto como adjudicatario.

Este Tribunal si bien, bajo la vigencia de la normativa contractual anterior, se ha pronunciado sobre esta cuestión entre otras, en la Resolución 16/2017, en la que nos manifestábamos en los siguientes términos:

> *«En este mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC), entre otras en su Resolución 564/2014, de 24 de julio, citando a su vez los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 39/01 y 28/02, de 13 de noviembre de 2001 y 23 de octubre de 2002, respectivamente. En tal sentido, señala que "el requisito de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social debe cumplirse desde el momento de presentar las proposiciones (...), y hasta el momento de la adjudicación, procediendo su acreditación en una fecha inmediata anterior a la misma".*
>
> *El hecho de que los certificados no fuesen referidos al momento de finalización del plazo de presentación de las proposiciones no puede llevarnos a interpretar que se ha producido un incumplimiento del pliego pues, como bien debe conocer la recurrente, los certificados que se emiten a efectos de posibilitar su participación en los procedimientos de contratación, de conformidad con la previsión del artículo 151.2 del TRLCSP, van referidos a la fecha de solicitud y cuentan con una fecha de validez de 6 meses. Por tanto, si se exigiese a los adjudicatarios que los certificados fuesen referidos al momento de finalización del plazo de presentación de las proposiciones se estaría entorpeciendo en exceso el procedimiento, al obligar a los mismos a solicitar un certificado ad hoc, careciendo de toda virtualidad la declaración responsable presentada.* (el subrayado es nuestro)
>
> *Ello, no obstante, no impide que el órgano de contratación, para el caso de que tuviera conocimiento de que esa declaración no se correspondiera con la realidad, pueda verificar la veracidad de la misma.*
> *A este respecto, señala igualmente el referido informe 28/2002 que "En segundo lugar la circunstancia de que el artículo 16.3 del Reglamento fije un período de validez de las certificaciones de seis meses viene a demostrar que en determinados supuestos, cuando hayan transcurrido o transcurran más de seis meses desde la expedición de certificaciones hasta la adjudicación del contrato, aparte de la dificultad de solicitar y expedir certificaciones referidas a situaciones anteriores a la fecha de la solicitud, el sistema de acreditación del requisito mediante certificaciones perdería su virtualidad, dado que la validez de un certificado referido al momento de expirar el plazo de presentación de proposiciones puede haber caducado en el momento de la adjudicación o celebración del contrato, momento, que insistimos, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas considera decisivo para apreciar la concurrencia o no de tal requisito."*
>
> *Por tanto, puede concluirse que la adjudicataria cumplimentó adecuadamente el requerimiento formulado al amparo del artículo 151.2 TRLCSP, pues es cierto que, por lo que se refiere a las obligaciones tributarias y con la Seguridad social los certificados presentados tenían carácter positivo y estaban en vigor, por haber sido emitidos en octubre de 2016 y con un plazo de vigencia de 6 meses.»*

Conviene, además traer a colación el informe 6/2021, de 17 de diciembre de la Junta Consultiva de la Comunidad de Madrid, relativo al momento de comprobar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social que señala lo siguiente:

> *«La Administración deberá en este momento comprobar que se satisface la segunda condición del artículo 140.4 de la LCSP, es decir, que la ausencia de prohibición de contratar subsiste en el momento de perfección del contrato. Ello plantea la duda de si la documentación justificativa a presentar o, en su caso, consultar por la Administración en este momento ha de referirse al momento previo a la adjudicación, a la fecha final de presentación de ofertas o de solicitudes de participación, o a ambos momentos.*
>
> *Sobre esta cuestión la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 28/02, de 23 de octubre de 2002. "Fecha a que debe referirse la acreditación del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social", concluye: "Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la acreditación del requisito de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social ha de venir referida a la fecha de adjudicación o celebración del contrato o, lo que es más exacto, a una fecha inmediata anterior a la adjudicación, pero nunca a la fecha de expiración del plazo de presentación de proposiciones, que puede ser muy anterior."*
>
> *Esta conclusión no se opone a la afirmación de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo n.º 1210/2020, de fecha 28 de septiembre de 2020, sobre el momento en que han de cumplirse las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, cuyo Fundamento de Derecho Octavo concluye: "Ya hemos visto que la posibilidad de tomar medidas como las previstas en el apartado 2, párrafo tercero, de la Directiva esto es cumplir las obligaciones de pago o celebrado un acuerdo vinculante con vistas al pago de los impuestos y de las cotizaciones a la seguridad social que adeude, incluidos en su caso los intereses acumulados o las multas impuestas ha de llevarse a cabo antes del vencimiento del plazo fijado para solicitar la participación o, en el caso de los procedimientos abiertos, del plazo fijado para presentar su oferta .*
>
> *Por ello, a la vista de lo hasta ahora reflejado incluyendo el art. 57 de la Directiva debemos concluir que los artículos 60.1.d) y 61.1 TRLCSP [actuales artículos 71.1.d) y 72.1 LCSP] en relación con el 146 TRLCSP y el más tajante 140 LCSP determinan 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.*
>
> *La anterior conclusión es la que más razonablemente se ajusta a los principios del 6 derecho de la Unión europea. De permitirse la subsanación en el momento de formalización del contrato haría de mejor condición a los licitadores deudores que podrían no satisfacer sus deudas hasta el momento de la adjudicación."*
> *(...)*
> *Hay que distinguir, pues, como se ha expuesto, dos cuestiones diferentes: cuándo deben concurrir las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar de los licitadores, momento que no ofrece duda, pues el artículo 140.4 de la LCSP establece claramente que deberán concurrir tanto en la fecha final de presentación de ofertas como en el momento de*

perfección del contrato y, cuestión distinta, es cuándo debe acreditarse o comprobarse su cumplimiento. (el subrayado es nuestro)

Como establece el artículo 150.2 de la LCSP, una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta para que, dentro del plazo de 10 días hábiles, presente la documentación justificativa de las circunstancias que declaró (normalmente mediante el DEUC) al presentar su proposición, así como de haber constituido la garantía definitiva y de disponer de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato.

Si el propuesto como adjudicatario no se opuso expresamente a que la Administración consultara por medios electrónicos si se encuentra al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, será en ese mismo plazo previo a la adjudicación cuando la Administración deberá efectuar la consulta.

No obstante, como se ha indicado, el artículo 140.3 de la LCSP permite que, si existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, el órgano o la mesa de contratación pida a los licitadores la totalidad o una parte de los documentos justificativos cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento.

También hay que tener en cuenta que las correspondientes certificaciones de la Agencia Tributaria y de la Seguridad Social solicitadas a través del sistema ICDA se refieren a la situación de la empresa en el momento en que se solicitan, no respecto a una fecha anterior .

Siendo la normativa actualmente en vigor una traslación de la vigente en el momento de emisión del citado Informe 28/02 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, cabe trasladar las mismas conclusiones, pues ningún cambio normativo sustancial permite modificar el criterio.

Una interpretación distinta llevaría a que el propuesto como adjudicatario, en el plazo de 10 días hábiles, debería aportar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social en la fecha final de presentación de ofertas aportando la correspondiente certificación y de que subsiste en el momento de la perfección aportando otra, y esta es una interpretación contraria a la finalidad de simplificación administrativa de la Ley vigente, que pretende aligerar de cargas administrativas a los licitadores y exigir la documentación solo al propuesto como adjudicatario. Aparte de la dificultad de solicitar y expedir certificaciones referidas a situaciones anteriores a la fecha de la solicitud, la remisión del articulo 150.2 al artículo 140 cabe entender que se trata de acreditar que la circunstancia de hallarse al corriente en el cumplimiento de las mencionadas obligaciones subsiste en el momento previo a la adjudicación. Sería ilógico presentar un único documento acreditativo del cumplimiento de los requisitos previos para contratar en el momento de presentar la oferta y exigir después dos certificaciones al propuesto como adjudicatario» (el subrayado es nuestro)

Este criterio es de aplicación al supuesto que examinamos, y ha de adoptarse, por tanto, la misma solución que ya habíamos acogido en ocasiones anteriores en la medida que entendemos que la exigencia a la UTE propuesta

como adjudicataria de la aportación, en el momento previo a la adjudicación, de certificados referidos a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones, no encuentra acomodo legal ni en la LCSP ni en el pliego que regula la presente contratación, aun cuando no pueda obviarse que, de manera preceptiva, el recurrente tenía que estar al corriente en el cumplimiento de dichas obligaciones, en la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones, pues de lo contrario incurriría en la causa de prohibición para contratar del artículo 71.1 letra d) de la LCSP.

Consideramos, por tanto, que la exigencia de aportar certificados de fecha anterior en el momento de adjudicación supone, a diferencia de lo que sostiene el órgano de contratación, una carga administrativa contraria al principio y finalidad de simplificación administrativa que inspira la LCSP, y que intenta evitar la dificultad que ha padecido la UTE recurrente de solicitar y obtener certificaciones referidas a situaciones anteriores a la fecha de la solicitud, máxime cuando aquella acreditó, en su momento hallarse al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y con la SS, mediante la correspondiente declaración responsable, en los términos exigidos en el pliego. Ello no exime, lógicamente, del requisito de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias que debe concurrir en la fecha de presentación de las ofertas, conforme exige la LCSP, sino de la carga de acreditar tal circunstancia en un momento posterior mediante la aportación de certificados de fecha anterior, máxime en un supuesto como el que analizamos, en el que ha quedado acreditado los esfuerzos del licitador en la obtención de aquellos.

Así, consta acreditado que la UTE, en el momento de presentación de ofertas, aportó el modelo debidamente cumplimentado correspondiente a la declaración responsable del cumplimiento de los requisitos previos, en los términos exigidos en el pliego, y en concreto, conforme al modelo del Anexo IV del PCAP. Asimismo, consta que ambas entidades aportaron los correspondientes certificados de estar al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias en el momento en que fueron requeridos para su acreditación de conformidad con el artículo 150.2 de la LCSP, esto es, agosto de 2022, por lo que han acreditado que el requisito de hallarse al corriente subsiste en el momento de perfección del contrato.

A mayor abundamiento, se ha constatado que los documentos n.º 13 y 14 que acompañan al escrito de recurso, indican que la entidad LOPEZ CANTAL ABOGADOS S.L.P estaba al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias a la fecha de 16 de septiembre de 2021, mediante el certificado de la SS expedido con fecha 2 de diciembre de 2022 y que la entidad ALCÁN ABOGADOS Y ECONOMISTAS S.L.P también se hallaba al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias con la SS a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones, según el certificado de inexistencia de deudas a la fecha de 16 de septiembre de 2021. Y ello a pesar de que la documentación aportada en sede de recurso no puede ser tenida en cuenta, conforme a la doctrina de este Tribunal respecto de la subsanación de los defectos en la documentación presentada por las entidades licitadoras en el procedimiento de adjudicación contenida entre otras, en las Resoluciones 218/2018, de 13 de julio y 257/2018, de 19 de septiembre, o la 233/2019, de 16 de julio.

Procede, pues, estimar íntegramente el recurso y anular el acuerdo de exclusión impugnado al considerar que la recurrente ha acreditado hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la SS, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a su adopción.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **LOPEZ CANTAL ABOGADOS S.L.P y ALCAN ABOGADOS Y ECONOMISTAS S.L.P** -que concurrieron a la licitación con el compromiso de constitución en Unión temporal de empresas (UTE)- contra el acto de exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Servicio de consultoría y asistencia técnico-jurídica de la empresa Gestión de Aguas del Levante Almeriense» (Expediente DIR210806) convocado por la entidad pública empresarial GESTIÓN DE AGUAS DEL LEVANTE ALMERIENSE S.A y, en consecuencia, anular el acto impugnado con retroacción de las actuaciones al momento previo a su adopción.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal el 13 de enero de 2023.

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 personas 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.