Recurso 301/2023
Resolución 334/20232
Sección tercera

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

Sevilla, 7 de julio de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DISTRIBUCIONES INDUSTRIALES Y CIENTÍFICAS, S.L.** contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Suministro material específico CC.FF. de seguridad y medioambiente" respecto del lote 4 (Expte. 34/ISE/2022/SC - CONTR 2022 0000489293), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional de la Junta de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 16 de setiembre de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato administrativo indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 1.489.234,99 euros. En dicho día los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal. Asimismo, se rige por su normativa específica establecida, entre otras normas, en el Decreto 57/2020, de 22 de abril, por el que se regula el concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana.

El 24 de mayo de 2023, la mesa de contratación acordó excluir la oferta presentada por la entidad recurrente respecto del lote 4. El acto de exclusión le fue notificado el 26 de mayo de 2023.

SEGUNDO. El 14 de junio de 2023, 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 por el que la mesa de contratación excluye su oferta respecto del lote indicado.

Posteriormente, el mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, el día 15 de mayo de 2023 solicitándole informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano, previa reiteración.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

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

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra la exclusión de su oferta en el lote 4 de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador; por tanto, debe admitirse el recurso 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 mismo se habría interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se presenta contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que lo tendrán siempre que *"se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos".*

SEXTO. 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 se le excluye por el siguiente motivo:

"Reunida el 24 de mayo de 2023 la Mesa de contratación del expediente CONTR 2022 0000489293 para la contratación SUMINISTRO DE MATERIAL ESPECIFICO PARA CC.FF. DE LA FAMILIA DE SEGURIDAD Y MEDIO AMBIENTE CON ORIGEN DE FINANCIACIÓN EN FONDOS EUROPEOS (00034/1SE/2022/SC), convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación se pone en su conocimiento que se acuerda por la misma, declarar EXCLUIDA del mencionado procedimiento de adjudicación a BB91034439 804061206 - DISTRIBUCIONES INDUSTRIALES Y CIENTÍFICAS del lote 4 por los motivos que a continuación se expresan:

h) Impuesto sobre Actividades Económicas: La persona licitadora vuelve a aportar el mismo documento que se le requirió subsanar (justificante de pago del IAE correspondiente al ejercicio 2021) y no aporta la documentación requerida que es el justificante de pago del IAE correspondiente al ejercicio del ejercicio 2022, por lo que no subsana correctamente la documentación requerida.".

1. Alegaciones de la recurrente.

Señala que el 21 de diciembre de 2022, se les requirió para que, en 10 días hábiles, presentasen entre la documentación requerida la que figuraba en el apartado h) el justificante de pago del Impuesto sobre Actividades Económicas, correspondiente al último recibo.

Señala al respecto concretamente que "*en fecha 3 de enero de 2023, esta parte presentó a través del citado portal SIREC la documentación solicitada, incluyendo el último recibo del Impuesto sobre Actividades Económicas del último ejercicio cerrado, esto es, del 2021, por cuanto el ejercicio 2022 todavía estaba en curso, tanto en el momento en el que se publicó el anuncio de licitación del expediente de referencia, como en el momento en el que se solicitó la documentación por parte de la Dirección de Contratación y Gestión Patrimonial.*

De hecho, en el momento en el que esta parte presentó la documentación solicitada, el ejercicio 2022 se había cerrado escasos días atrás, y no se disponía del informe justificante de cobro que emite el Excmo. Ayuntamiento de Almería, por cuanto el mismo no se recibe hasta el mes de marzo del ejercicio siguiente, esto es, en este caso, marzo de 2023

No obstante, lo anterior, dicha aportación se realizó porque se dio por hecho por la persona encargada de realizar estas gestiones dentro de DISTRIBUCIONES INDUSTRIALES Y CIENTÍFICAS S.L., que el ejercicio solicitado era el 2021, en base a los motivos precedentes, achacando la reiteración de la documentación a un posible o supuesto error al adjuntar la misma en el primer requerimiento o de recepción de la misma por la Administración. Esto es, por error excusable y entendible, la citada persona aporto los justificantes de pago y cobro correspondientes al ejercicio 2021, sin reparar en que el ejercicio que se solicitaba era el 2022. La no aportación no se debió, en ningún caso, a la falta de cumplimiento de tal obligación por parte de esta mercantil, por cuanto la misma abonó el citado impuesto en tiempo y forma, como se puede ver en el justificante de pago que se adjunta como Documento número 5.

Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, ni en la fecha de terminación del plazo de presentación de solicitudes, ni en las fechas de los dos requerimientos posteriores, esta parte disponía todavía del recibo de cobro expedido por Excmo. Ayuntamiento de Almería, que también se adjunta en dicho Documento número 5, por cuanto, como se ha dicho, el mismo se recibe en el mes de marzo del ejercicio posterior, en este caso, el 29 de marzo de 2023, esto es, con posterioridad a la presentación de la documentación solicitada.

Se adjunta al presente como Documento número 6, justificante de presentación de documentación de fecha 24 de marzo de 2023, que dio lugar al número de entrada 202399903940024".

Señala pues que el Impuesto sobre Actividades Económicas relativo al ejercicio 2022 estaba en periodo de pago voluntario en el momento en el que se produjo la publicación del pliego de licitación y el ejercicio 2022 en curso.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

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

"En su recurso alega principalmente que no se ha incumplido la petición de documentación que se ha realizado por parte de la Agencia en cuanto a la presentación del recibo del IAE ya que cuando se requiere en documentación previa el recibo del citado impuesto el 21 de diciembre de 2022 aún no se dispone del mismo porque se acaba de cerrar el año, y que no se dispone de dicho documento hasta marzo del año siguiente, más concretamente hasta marzo de 2023.
Manifiesta también en su recurso la parte alegante en la página 4 que la persona encargada de estas gestiones dentro de la empresa interpretó que se trataba de un error en la petición y que por eso presentó el recibo de 2021. Alega ahora que tanto en el momento de presentación de solicitudes como en el momento de petición de documentación previa, así como tampoco en subsanación de la misma, disponían del documento mencionado.

A esto se debe responder por parte de este órgano de contratación que no parece razonable que cuando se le realiza un requerimiento a un licitador y existe la duda sobre lo que se le está solicitando, se entiende que lo menos que debería hacer es consultar sobre lo que se le está solicitando, y mucho menos razonable parece que si en documentación previa se le ha solicitado el recibo del pago del IAE, aporta el recibo del pago de 2021 y se le requiere en subsanación de forma clara, no parece lógico que se aporte de nuevo el mismo documento que no fue aceptado en la primera ocasión, sin que se aporte ninguna explicación similar a la que ahora se expone en el escrito de alegaciones.

A ello hay que añadirle que tanto en la página 4 como en la 8 del escrito de alegaciones la propia recurrente reconoce que la aportación de este escrito se debe a un error por parte de la persona que realiza este tipo de gestiones dentro de la empresa, se adjuntan los extractos de los mismos:

[…] No obstante lo anterior, dicha aportación se realizó porque se dio por hecho por la persona encargada de realizar estas gestiones dentro de DISTRIBUCIONES INDUSTRIALES Y CIENTÍFICAS S.L., que el ejercicio solicitado era el 2021, en base a los motivos precedentes, achacando la reiteración de la documentación a un posible o supuesto error al adjuntar la misma en el primer requerimiento o de recepción de la misma por la Administración. Esto es, por error excusable y entendible, la citada persona aporto los justificantes de pago y cobro correspondientes al ejercicio 2021, sin reparar en que el ejercicio que se solicitaba era el 2022. La no aportación no se debió, en ningún caso, a la falta de cumplimiento de tal obligación por parte de esta mercantil, por cuanto la misma abonó el citado impuesto en tiempo y forma, como se puede ver en el justificante de pago que se adjunta como Documento número 5. […] (texto citado tal cual lo aporta la recurrente)

[…] Por tanto, el requerimiento del justificante de pago del Impuesto sobre Actividades Económicas del ejercicio 2022 realizado por la mesa de contratación en marzo de 2023 era el primero que solicitó de manera expresa esa documentación y, en base a la normativa aquí citada, su falta de cumplimiento, en este caso por error excusable, debe ser posible de subsanación por la persona interesada.[…] (texto citado tal cual lo aporta la recurrente)

En conclusión, cabe manifestar que, si sobre todo en el requerimiento de subsanación, se le indica con toda claridad el documento que se le está solicitando, esto es el recibo del pago del IAE correspondiente al año 2022, parece cuanto menos cuestionable que no se aporte ese documento y no se de ningún tipo de explicaciones como la que

ahora se está dando, y en su lugar la recurrente se limite a aportar el mismo documento que no fue admitido previamente y que no coincide con el que de manera clara se le está solicitando, es decir, el recurrente admite su propio error, y aporta en la documentación que anexa al recurso y que debió aportar en subsanación, apreciándose con toda claridad que el recurso no se interpone por ninguna de las causas recogidas en el artículo 44.2 LCSP, sino que simplemente lo usa como una nueva vía para aportar documentación que no aportó en el plazo concedido para ello. Por lo tanto se solicita la inadmisión del mismo por falta de objeto del recurso.

En relación con la aportación en vía de recurso de documentación que no fue presentada en el momento procedimental oportuno ha tenido ocasión de señalar ese Tribunal en numerosas resoluciones, valga por todas la Resolución 386/2019, de 14 de noviembre, que: "Igualmente hay que indicar que la posibilidad de subsanar, modificar o completar la documentación en vía de recurso es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia. En este sentido, como ya ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas las Resoluciones 218/2018, de 13 de julio y 257/2018, de 19 de septiembre, o la reciente Resolución 233/2019, de 16 de julio, el recurso especial en materia de contratación no puede ser un instrumento para subsanar los defectos en la documentación presentada por las entidades licitadoras en el procedimiento de adjudicación ya que no es ese su fin, en tanto que se trata de una vía para reparar las infracciones del ordenamiento jurídico en que incurran los poderes adjudicadores en los procedimientos de contratación dentro de su ámbito de actuación definido en el artículo 44 de la LCSP".

Para el caso en el que el Tribunal admita a trámite el recurso, se debe partir del hecho de que la propia recurrente ha reconocido su error y que de ello se puede concluir que la mesa de contratación actuó correctamente excluyendo a la recurrente de la licitación.

Termina sus alegaciones solicitando multa para la entidad recurrente.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

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

La aptitud para contratar con el sector público, regulada en la LCSP, supone la concurrencia en el operador económico de tres requisitos, cuya integración y diferenciación es conveniente clarificarla a efectos de evitar confusiones entre los órganos de contratación, y también entre los licitadores. Dispone el artículo 65.1 LCSP: *"Condiciones de aptitud. 1. Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas."*

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

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

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

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

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

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

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

En este sentido, la JCCP, en el Informe 9/97, señala que "*el pago del Impuesto por la actividad en el lugar que se va a ejecutar la obra escapa ya de la fase de adjudicación del contrato y deberá cumplirse con sujeción a las normas generales reguladoras del Impuesto, sin que corresponda a los órganos de contratación velar por el cumplimiento de esta obligación, una vez adjudicado el contrato."*

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

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

Esta cuestión habría además quedado zanjada con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, [1]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 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 este caso, esta modulación se proyecta en el aplazamiento, fraccionamiento o acuerdo de suspensión de las deudas tributarias o de seguridad social. (FJ 8).

Desde estas premisas abordamos el fondo del asunto y atendiendo al contenido de los documentos presentados conforme al artículo 51 LCSP se ha de comenzar poniendo de relieve lo siguiente:

- La cláusula 9 del PCAP establece:

"(….) Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por la persona empresaria del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones de este pliego, sin salvedad o reserva alguna, (…)".

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

- La misma cláusula 9.2.1 señala que "*los requisitos de capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados siguientes, deberán concurrir a la fecha de conclusión del plazo de presentación de proposiciones y subsistir en el momento del perfeccionamiento del contrato".*

- La cláusula 10.2 del PCAP dispone:

"Si (la mesa de contratación) observase defectos u omisiones subsanables en la documentación del sobre electrónico nº número 1, lo comunicará por medios electrónicos a través de SiREC-Portal de licitación electrónica y lo hará público a través del perfil de contratante del órgano de contratación, concediéndose un plazo de tres días naturales a contar desde el envío de la notificación para que las personas licitadoras los corrijan o subsanen presentando la documentación que proceda a través del SiREC-Portal de licitación electrónica, bajo apercibimiento de exclusión definitiva de la persona licitadora si en el plazo concedido no procede a la subsanación de dicha documentación."

Con relación a la cláusula 10.7 del PCAP, ésta señala en el apartado h):

"h. Impuesto sobre Actividades Económicas.
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.

Con fecha de 14 de noviembre de 2022 la mesa de contratación procede a la apertura del sobre número 1 y al examen de la documentación contenida. Dicha acta se publica el mismo día en el perfil del contratante.

Con fecha de 22 de noviembre de 2022 se procede a la apertura del sobre número 3 valoración de la documentación relativa a los criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.

Con fecha de 21 de diciembre de 2022, se realizó requerimiento de petición de documentación previa a la adjudicación, conforme a lo dispuesto en la cláusula 10.5 del PCAP, y el 21 de marzo de 2023 se le requiere subsanación de la misma en el siguiente sentido:

[…]h. Impuesto sobre Actividades Económicas. Aportar el último pago del IAE correspondiente al ejercicio 2022.[…]

- El 3 de enero de 2023, admite la recurrente, que tras el requerimiento de la documentación previa a la formalización del contrato ex art. 151.1 LCSP se presentó a través del portal SIREC la documentación solicitada, incluyendo el último recibo del I. A. E. Señala que el último ejercicio cerrado era el de 2021 a la fecha del requerimiento, es decir diciembre de 2021, pues todavía estaba en curso el de 2022.

Sobre estas premisas debemos dar solución a la controversia suscitada.

El requerimiento que tenía fecha de 21 de marzo de 2023, referente a la subsanación, señalaba que el recibo de estar al corriente debía ser el referente al ejercicio de 2022. Al respecto, conforme al PCAP, estimamos que sí era exigible a fecha del requerimiento de la subsanación tanto el recibo de 2021 como el de 2022, pues como

anteriormente se ha mencionado, la mesa está facultada para poder solicitar antes de la formalización, y con ello antes de la perfección del contrato que se acreditase el hecho de estarse al corriente de las obligaciones tributarias, pues los requisitos de ausencia de prohibiciones de contratar, afirmaba el PCAP como hemos visto, deberían concurrir a la fecha de conclusión del plazo de presentación de proposiciones y subsistir en el momento del perfeccionamiento del contrato.

La subsanación requerida estaba justificada y derivaba de la lectura de la cláusula del PCAP que resultaba consentida, y que rige entre las partes como consecuencia del art. 139.1 LCSP, dada la asunción de la cláusula 9.2.1 del PCAP. Es decir, esta cláusula suponía que debía acreditar no solo el pago del recibo en el momento de presentación de la oferta, es decir el ejercicio 2021, sino también el de 2022, pues el plazo de 10 días otorgado el 21 de diciembre de 2022, ya finalizaba en el año 2023, por lo que la acreditación del ejercicio 2022 resultaba exigible por la sumisión de las partes al PCAP, dado que no era posible ante el otorgamiento de 10 días hábiles poderse formalizar ya en el ejercicio 2022.

Por otro lado, y a la vista de las afirmaciones contenidas en el recurso por parte de la entidad recurrente, ésta deja sin aclarar determinados extremos como cuando señala que "*no se disponía del informe justificante de cobro que emite el Excmo. Ayuntamiento de Almería, por cuanto el mismo no se recibe hasta el mes de marzo del ejercicio siguiente, esto es, en este caso, marzo de 2023".*

Sin perjuicio de que pueden existir otras formas de acreditación, y no una única forma, cumple mencionar que lo que la parte recurrente alega, es que junto con la documentación del recurso se acompaña un documento que justifica el pago donde se señala que es un cobro por domiciliación y que resulta gestionado por la entidad Cajamar Caja Rural, cobrado el 9 de septiembre de 2022, correspondiente al periodo de 2022-anual.

Es decir, sin perjuicio de lo afirmado en cuanto a la disponibilidad del documento en fecha posterior a enero de 2023, de lo cual no se deja ninguna acreditación respecto del hecho negativo de no disponer del mismo en fecha de enero de 2023, lo que sí es cierto es que habiéndose abonado en septiembre de 2022 resulta indubitado que aunque la fecha del informe que se presenta es de 29 de marzo de 2023, se desconoce el origen de la obtención del informe, ni acredita la imposibilidad de haber podido obtener un certificado de haber procedido a su abono, ni tampoco explica que no pudiera acreditarlo a través de la correspondiente justificación bancaria.

Esto supuso atender indebidamente al requerimiento al aportar de nuevo el justificante del periodo de 2021, sin esclarecer nada al respecto sobre el periodo de 2022 dada la claridad de la cláusula 9.2.1 del PCAP.

A su vez supone un reconocimiento del error afirmar que la entidad recurrente *"dio por hecho por la persona encargada de realizar estas gestiones dentro de DISTRIBUCIONES INDUSTRIALES Y CIENTÍFICAS S.L., que el ejercicio solicitado era el 2021, en base a los motivos precedentes, achacando la reiteración de la documentación a un posible o supuesto error al adjuntar la misma en el primer requerimiento o de recepción de la misma por la Administración".*

Señala al respecto que se trataría de un error excusable. Pues este Tribunal, dicho error que reconoce no estima que constituya un error excusable, presumir que en el requerimiento de subsanación existía un error, sin ni siquiera pretender aclarar que era lo que se le estaba requiriendo, siendo consciente de lo que ya había presentado para atender el requerimiento.

SÉPTIMO. Sobre la imposición de multa solicitada por el órgano de contratación.

El órgano de contratación solicita en el informe al recurso la imposición de multa por mala fe de la recurrente pues señala que "*admite su propio error, y aporta en la documentación que anexa al recurso y que debió aportar en subsanación, apreciándose con toda claridad que el recurso no se interpone por ninguna de las causas recogidas en el artículo 44.2 LCSP, sino que simplemente lo usa como una nueva vía para aportar documentación que no aportó en el plazo concedido para ello".*

El artículo 58.2 de la LCSP establece: « *En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.*

El importe de la multa será de entre 1000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos".

En este sentido, la Sentencia de 5 de febrero de 2020, de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, señala:

Es criterio de esta Sala que «*La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución» (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas» (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)"».*

En el supuesto analizado, este Tribunal aprecia que, no queda acreditada la mala fe pues no es tan claro que con la impugnación planteada la recurrente ha utilizado esta vía únicamente para subsanar ante el reconocimiento del error.

Sí se estima un comportamiento imprudente, dado el tenor del PCAP, pues la diligencia media de una licitadora razonablemente informada y normalmente diligente debería haberle hecho presumir la probable desestimación

de su recurso, en la medida que era patente la falta de acreditación del pago del ejercicio 2022, siendo exigible a la fecha de la formalización.

Podría incluso haber puesto de manifiesto que dado que aún era el periodo 2022 no le era incluso exigible si se hubiera contestado el requerimiento antes del final de 2022. Sin embargo, esta circunstancia no se da en nuestro caso, pues siendo requerido para subsanar en 2023, cuando es presentado el mismo recibo de 2021, sin ni siquiera justificar la no presentación del recibo de 2022 es lo que determina, que discutir esto además ahora en vía de recurso especial deba refutarse imprudente y temerario. Máxime si tenemos en cuenta que el recurso ha originado un procedimiento en sede de este Tribunal que ha obligado legalmente a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano.

Pues bien, este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellas recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con una manifiesta temeridad, si bien, no podemos presumir la mala fe en este caso, pues no puede serle atribuida una finalidad torticera en el recurso.

Sobre lo anterior, la jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que "*puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse «cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita»,* o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, « *La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación»".*

En cuanto al importe de la multa, el citado artículo 58.2 de la LCSP dispone que *«(…) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos»*.

Este Órgano carece de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado con la interposición del recurso al órgano de contratación en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, pues éste tampoco los cuantifica, pero las circunstancias expuestas de temeridad determinan que se aprecie que la multa a imponer deba ser superior en cuantía al mínimo legal.

Por ello, y sobre la base de los anteriores fundamentos de esta resolución, se impone multa en la cuantía máxima de 1.500 euros –cuantía encuadrable en un hipotético tramo inferior dentro de la horquilla legal expresada en el citado artículo 58.2 LCSP- dada la temeridad en la interposición del recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DISTRIBUCIONES INDUSTRIALES Y CIENTÍFICAS, S.L.** contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Suministro material específico CC.FF. de seguridad y medioambiente"

respecto del lote 4 (Expte. 34/ISE/2022/SC - CONTR 2022 0000489293), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Imponer a la recurrente una multa en la cuantía máxima de 1.500 euros, por apreciar temeridad en la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.