

**Recurso 414/2023**  
**Resolución 498/2023**  
**Sección Segunda**

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

Sevilla, 9 de octubre de 2023

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **M.d.C.R.O.** contra la resolución de adjudicación en la que se contiene la exclusión de su oferta, con relación al lote 8, del procedimiento de adjudicación denominado «Servicios de actividades extraescolares mediante acuerdo marco» (Expediente CONTR 2022 0000637463) convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, entidad adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 28 de abril de 2023 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y el 2 de mayo de 2023 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, tramitación ordinaria, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento. El valor estimado del presente acuerdo marco es de 46.338.486,08 €.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

La mesa de contratación en sesión celebrada el 29 de agosto de 2023 acuerda la exclusión de la oferta presentada por la recurrente al lote 8 por no subsanar correctamente la documentación requerida, en concreto, por el siguiente motivo: *«No subsana correctamente la documentación requerida. No aporta los libros inventarios ni cuentas anuales legalizadas por el Registro Mercantil»*

Con fecha 30 de agosto de 2023 se notifica a la recurrente la exclusión de su oferta acordada por la mesa de contratación.

El 1 de septiembre de 2023, el órgano de contratación dictó resolución por la que adjudica el acuerdo marco citado en el encabezamiento. En dicha resolución se contiene la exclusión de la oferta presentada por M.d.C.R.O. por el motivo anteriormente indicado, respecto del citado lote 8. La resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 4 de septiembre de 2023.

**SEGUNDO.** El 6 de septiembre de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la recurrente contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación respecto del lote 8.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano con fecha 14 de septiembre.

Mediante Resolución MC 101/2023 de 22 de septiembre, se acordó el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación.

Por la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles al resto de licitadores para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose cumplimentado el trámite por ningún licitador.

## **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 licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto del lote 8, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

### **TERCERO. Acto recurrible.**

En el presente supuesto, aun cuando sustantivamente se combate la exclusión del licitador, desde un punto de vista formal el recurso se interpone contra la resolución de adjudicación dictada en el mismo procedimiento, por lo que el acto formalmente recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.b) y 2 c) 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, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

### **QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.**

#### 1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.



La recurrente interpone el presente recurso contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación, solicitando de este Tribunal que se anule la resolución de adjudicación del lote 8, y se acuerde la retroacción de actuaciones al momento anterior al trámite de subsanación.

En síntesis, alega que los actos de la mesa de contratación, al haber requerido la subsanación de una oferta que había sido previamente retirada, y no haber tenido en consideración la documentación realmente presentada, incurren en causa de nulidad del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común y de las Administraciones Públicas.

Por otro lado, invoca el artículo 39.2 de la LCSP que dispone que serán nulos los contratos cuya formalización se haya llevado a efecto, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial a que se refieren los artículos 44 y siguientes, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente.

Sostiene que la redacción ambigua y confusa del requerimiento de subsanación le resultó perjudicial a efectos de poder reunir la documentación solicitada. Además, alega que no se tuvo en cuenta que la primera oferta había sido retirada lo que produjo interferencias en el correcto devenir del procedimiento.

Finalmente, manifiesta que no está obligada al registro de las cuentas anuales en el Registro mercantil por lo que entiende que es desproporcionado que se le exija la legalización de las cuentas anuales con excesiva anterioridad a los trámites de contratación.

## 2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso, tras relatar las principales actuaciones procedimentales, interesa, en primer lugar, la inadmisión del recurso por falta de legitimación del licitador excluido para recurrir el acto de adjudicación, invocando a tal efecto la Resolución 241/2023, de 3 de marzo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Sobre el fondo del asunto, respecto de la alegación de que no se tuvo en consideración la retirada de la oferta de la recurrente, el informe del órgano al recurso interesa lo siguiente:

*«El Decreto-ley 13/2020, de 18 de mayo, por el que se establecen medidas extraordinarias y urgentes relativas a establecimientos hoteleros, coordinación de alertas, impulso de la telematización, reactivación del sector cultural y flexibilización en diversos ámbitos ante la situación generada por el coronavirus (COVID-19), aprueba, en su artículo 40, la implantación del sistema de información de relaciones electrónicas en materia de contratación (SiREC), que **garantiza la confidencialidad, integridad y no repudio de las comunicaciones**, y crea el Portal de la Licitación Electrónica, como portal de los previstos en el artículo 14.3.b) del Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de Administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía, para la prestación de los servicios a que se refiere el sistema de información SiREC. **Los servicios de licitación electrónica que ofrece SiREC - Portal de Licitación** permiten llevar a cabo la preparación y presentación de ofertas por el licitador de forma telemática, así como la **custodia electrónica de las mismas** por el sistema mientras se está trabajando en ellas. La licitadora ahora recurrente disponía hasta el 11 de julio de 2023 a las 23:59, para presentar la documentación previa a la adjudicación, presentándola el mismo 11 de julio de 2023, y no es hasta el 11 de agosto de 2023, que se comienza con el procedimiento de descifrado y apertura de la documentación previa a la adjudicación de aquellas personas licitadoras cuya documentación ha tenido entrada en modo, tiempo y forma a través del Portal de Licitación electrónica SiREC, tramitación que se tuvo que realizar en varias sesiones de la mesa de contratación dado el elevado número de personas licitadoras.*



*Por lo tanto no se entiende por este órgano de contratación, qué tipo de insinuación está realizando en este punto la recurrente cuando indica que la mesa abrió una documentación presentada en SIREC que fue retirada con posterioridad por la licitadora.*

*Si tuvo algún problema con el SiREC - Portal de Licitación, debió haberse puesto en contacto con los técnicos del sistema para solventarlo.*

*Por tanto, procede desestimar este punto del recurso»*

En segundo lugar, el informe resalta que la propia recurrente reconoce que, cuando se le requirió de subsanación presentó la solicitud de legalización de los libros de inventario y cuentas anuales efectuada al registro Mercantil y no la legalización de la citada documentación. Al respecto, el informe indica:

*«Es decir, a fecha de finalización de ofertas, a saber, a 25 de mayo de 2023, la recurrente no podía acreditar que disponía de solvencia económica porque no había efectuado la legalización de los libros inventarios y cuentas anuales por el Registro Mercantil, requisito que queda claro en el PCAP rector del presente procedimiento, que establece el criterio concreto para la acreditación de la solvencia económica y financiera. De hecho, en la fase de documentación previa a la adjudicación aportó impuesto sobre la renta (modelo 100), para justificar la misma, medio que no estaba contemplado en el PCAP. De esta forma si la recurrente no estaba de acuerdo con el medio establecido por el órgano de contratación para acreditar la solvencia económica y financiera, debió impugnar los pliegos en el momento oportuno para ello. Pero ahora, una vez que los pliegos devienen firmes por no haber sido impugnados, constituyen la ley del contrato y se debe estar a su contenido, que como anteriormente se ha reproducido es claro y establece las mismas reglas para todos los licitadores».*

El órgano sostiene que el requerimiento efectuado por la mesa de contratación fue suficientemente concreto para que un licitador normalmente diligente e informado pudiera comprender lo que se le estaba solicitando, aunque según se ha comprobado con posterioridad, el verdadero problema estriba en que la recurrente no disponía de solvencia económica, conforme lo que exigían los pliegos, en la fecha de finalización de ofertas. De ahí que concluya en la conformidad a derecho de la exclusión acordada porque no acreditó la solvencia económica y financiera con los medios y en los términos exigidos por los pliegos.

Finalmente, solicita la imposición de multa, por apreciar mala fe en la interposición del recurso.

#### **SEXTO. Fondo del recurso. Consideraciones del Tribunal. Previa: sobre la causa de inadmisión alegada por el órgano de contratación.**

El órgano de contratación en el informe al recurso solicita la inadmisión del recurso por falta de legitimación activa de la recurrente excluida, alegando la ausencia de interés legítimo de aquella para recurrir la adjudicación del contrato por haber quedado previamente excluido del procedimiento.

Pues bien, respecto a la normativa aplicable en materia de contratación a la notificación de los actos de adjudicación, y en concreto a los de las exclusiones de las entidades licitadoras o de sus ofertas, se ha pronunciado este Tribunal en varias ocasiones, por todas en las Resoluciones 111/2017, de 25 de mayo, 174/2020, de 1 de junio y 348/2020, de 22 de octubre.

En este sentido, en lo que aquí interesa, el artículo 151.2.b) de la LCSP impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación a las entidades licitadoras excluidas, indicando entre otras cuestiones los motivos por los que no se haya admitido su oferta.



Dice así: «Artículo 151. Resolución y notificación de la adjudicación. 1. La resolución de adjudicación deberá ser motivada y se notificará a los candidatos y licitadores, debiendo ser publicada en el perfil de contratante en el plazo de 15 días. 2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 155, la notificación y la publicidad a que se refiere el apartado anterior deberán contener la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, y entre ella en todo caso deberá figurar la siguiente: (...) b) Con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, los motivos por los que no se haya admitido su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el artículo 126, apartados 7 y 8, los motivos de la decisión de no equivalencia o de la decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales; y un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario.».

Asimismo, el artículo 44.2 de la citada LCSP en su apartado b) establece que podrán ser objeto de recurso «Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149».

En consecuencia, la LCSP establece dos posibilidades de recurso especial contra los actos de exclusión: por un lado, contra el acto de adjudicación y, por otro lado, contra el de trámite cualificado. Estas dos posibilidades son subsidiarias, no siendo por tanto acumulativas, de tal manera que en el caso de que la mesa o, en su caso, el órgano de contratación no notifique de forma individual a la entidad licitadora su exclusión, esta podrá impugnarla en el acto de adjudicación; sin embargo, si se produce la notificación individual a la entidad licitadora de la exclusión de su oferta previamente a la adjudicación del contrato, está obligada a recurrirla so pena de dejar firme su exclusión.

En este último sentido, se manifiesta el artículo 19.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, cuando dispone que «Cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión».

En el presente supuesto, se da la circunstancia de que, según consta en el expediente administrativo, la exclusión combatida fue notificada individualmente a la recurrente con fecha 30 de agosto de 2023, con indicación de que el acto era susceptible de impugnación mediante recurso especial. La resolución de adjudicación, que es el acto formalmente impugnado, le fue notificado el día 4 de septiembre de 2023 por lo que, a la fecha de formalización del recurso contra la adjudicación, aún no había transcurrido el plazo para la interposición del recurso contra la exclusión, según lo que dispone el precepto antes invocado, por lo que entendemos que no es posible apreciar la causa de inadmisión alegada, debiendo reconocerle legitimación a la recurrente para combatir su exclusión.

#### **SÉPTIMO. - Fondo del recurso. Consideraciones del Tribunal Sobre la conformidad a derecho de las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación que culminan con la exclusión de la oferta de la recurrente al lote 8.**

En lo que aquí concierne, según consta en el acta número 3 de la mesa de contratación, la recurrente fue requerida para que, en un plazo de diez días hábiles, a contar desde el envío del requerimiento, presentara ante



el órgano de contratación, la documentación contenida en la cláusula 10.7.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

Una vez aportada la citada documentación, la mesa de contratación en sesión celebrada el 11 de agosto de 2023, según resulta del acta nº 4, acordó requerir a la ahora recurrente para que subsanase la siguiente documentación:

«- En el caso de personas licitadoras individuales, para acreditar la solvencia económica, deberá aportar libros inventarios y cuentas anuales legalizadas por el Registro Mercantil, por los medios y procedimiento que se establecen en el Anexo I del PCAP para ello. El impuesto sobre la renta (modelo 100) NO es un medio válido para acreditar la solvencia económica.

- Debe aportar los certificados de los servicios relacionados en el Anexo XIII-A debidamente cumplimentado en cuanto a los periodos estipulados en el apartado 4 del Anexo I del PCAP e importes de los servicios ejecutados en los citados periodos.

- No presenta Anexo XV. Deberá aportar certificado positivo expedido por la AEAT de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

- No presenta Anexo XV. Deberá aportar certificado positivo expedido por la Admon. Tributaria de la Junta de Andalucía de la inexistencia de deudas de naturaleza tributaria con la administración autonómica.

- No presenta Anexo XV. Deberá aportar certificado positivo expedido por la Tesorería Territorial de la Seguridad Social, de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social.

- Deberá aportar Declaración responsable de no haberse dado de baja del Impuesto de Actividades Económicas.

- En la póliza de seguro de responsabilidad civil aportada, no está incluida la Agencia Pública como beneficiaria. Además, debe aportarse el compromiso expreso de la persona licitadora propuesta adjudicataria de renovar anualmente la póliza de seguro durante toda la vigencia del acuerdo marco y de los contratos basados.»

En el acta nº 5 de la sesión de la mesa de contratación de fecha 29 de agosto de 2023, se analizó la documentación presentada por la licitadora y se acordó la exclusión de la recurrente por no subsanar correctamente la documentación requerida. En ese sentido se indica que “No subsana correctamente la documentación requerida. No aporta los libros inventarios ni cuentas anuales legalizadas por el Registro Mercantil”.

La recurrente alega la nulidad por omisión del procedimiento legalmente establecido, al afirmar que la mesa de contratación no tuvo en cuenta la retirada previa de su oferta, realizando “un requerimiento de subsanación de la primera presentación, la cual había sido ya retirada” (sic). Pues bien, dicho extremo no aparece acreditado por la recurrente. Así, según la documentación que aporta, figuran tres justificantes de presentación de oferta:

- Justificante de presentación de oferta al lote 8 con fecha de entrada 07/07/2023 presentada a las 20:39:21 y en el que se identifica la documentación adjunta como “requerimiento de documentación previa”.

- Justificante de presentación de oferta al lote 8 con fecha de entrada 11/07/2023 presentada a las 13:45:37 y en el que se identifica también la documentación adjunta como “requerimiento de documentación previa”.

- Justificante de presentación de oferta al lote 8 con fecha de entrada 21/08/2023, presentada a las 18:25:42 y en el que se identifica la documentación adjunta como “requerimiento de documentación previa”.

Consta en el expediente administrativo remitido la siguiente documentación:



- Justificante de presentación de oferta de fecha 11/07/2023 presentada a las 13:45:37 conforme a la cual la recurrente presentó la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos que figuran en la carpeta numerada como 38 en el expediente.

- Justificante de presentación de la subsanación de la citada documentación de fecha 21/08/2023 presentada a las 18:25:42 (carpeta número 39).

El órgano de contratación indica en el informe que la recurrente presentó la documentación previa a la adjudicación con fecha 11/07/2023, procediéndose con posterioridad al descifrado y apertura de la documentación presentada de aquellos licitadores que habían presentado la oferta en tiempo y forma (como sucede con la recurrente) a través del Portal de Licitación electrónica SIREC. Con posterioridad, consta acreditado que presentó la subsanación de la citada documentación el 21/08/2023, por lo que, como de manera acertada indica el órgano de contratación en su informe, la recurrente se limita a esgrimir una serie de elucubraciones e insinuaciones que no acredita, por lo que entendemos que no cabe apreciar ningún vicio de invalidez en el procedimiento seguido al efecto para requerir a la recurrente ni la documentación previa, ni posteriormente el requerimiento de la subsanación de dicha documentación.

Del mismo modo abordamos la alegación respecto de la confusión de los términos del requerimiento. En efecto, tal y como se ha expuesto en los antecedentes, según resulta del acta nº 4 la recurrente fue requerida para que subsanase en concreto, y por lo que aquí nos concierne la siguiente documentación:

*“En el caso de personas licitadoras individuales, para acreditar la solvencia económica, deberá aportar libros inventarios y cuentas anuales legalizadas por el Registro Mercantil, por los medios y procedimiento que se establecen en el Anexo I del PCAP para ello. El impuesto sobre la renta (modelo 100) NO es un medio válido para acreditar la solvencia económica”.*

Los términos del requerimiento eran claros y no dejaban lugar a dudas sobre la documentación que había de subsanar la recurrente por lo que ha de rechazarse dicha alegación.

Tampoco puede prosperar la alegación sobre la vulneración del artículo 39.2 de la LCSP por el incumplimiento del “*tiempo de espera*” entre la adjudicación y la formalización del contrato a que se refiere el artículo 153.3 de la LCSP y sobre la que nada dice el órgano de contratación en su informe. Este Tribunal desestima la alegación pues no se ha procedido a la formalización del contrato sin respetar el transcurso de los quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores cuando el contrato es susceptible de recurso especial conforme al artículo 44 de la LCSP.

**OCTAVO. - Fondo del recurso. Consideraciones del Tribunal. Sobre la falta de acreditación de la solvencia económica y financiera en los términos exigidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).**

La controversia se suscita en torno a la falta de acreditación por la recurrente de la solvencia económica y financiera conforme a lo previsto en los pliegos, al afirmar que no está obligada al registro de las cuentas anuales en el Registro Mercantil.

El órgano de contratación se opone en el informe al recurso alegando que la propia recurrente reconoce que lo que aportó, ante el requerimiento de subsanación fue una solicitud de legalización de los libros de inventario y cuentas anuales efectuada al Registro Mercantil el 21 de agosto de 2023, de donde se infiere que, a fecha de finalización de ofertas, el 25 de mayo de 2023, la recurrente no podía acreditar que disponía de solvencia



económica porque no había efectuado la legalización de los libros inventarios y cuentas anuales, requisito que era exigible según los términos del PCAP rector del presente procedimiento.

Pues bien, respecto de la solvencia económica y financiera, el apartado 4B del Anexo I del PCAP en lo que aquí interesa, indica lo siguiente:

«La solvencia económica y financiera se acreditará ACUMULATIVAMENTE por los medios que se señalan a continuación:

**X 1. Volumen anual de negocios** de la persona licitadora que referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades de la persona licitadora y de presentación de ofertas por importe mínimo en cada lote a los que concurra establecido en el siguiente cuadro:  
(...)

Las personas licitadoras que concurran a más de un lote deberán acreditar solvencia suficiente para el total de todos los lotes a los que concurre, en caso contrario quedará excluido de la licitación.

**El volumen anual de negocios de la persona licitadora se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si la persona licitadora estuviera inscrita en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrita. Las personas licitadoras individuales no inscritas en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.**

Por tanto, **deberán presentar las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil (o Registro Oficial correspondiente o, caso de empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil, libros inventarios y cuentas anuales legalizadas por el Registro Mercantil), originales o copias debidamente legalizadas**, mediante cualquiera de los siguientes medios:

- Nota simple del Registro Mercantil relativa a las cuentas anuales aprobadas y depositadas correspondientes a los tres últimos ejercicios cuyo período de presentación haya finalizado junto con cuentas anuales aprobadas en los modelos normalizados para la presentación de cuentas en el Registro Mercantil, debidamente cumplimentados.
- Certificación en papel del Registro Mercantil relativa a las cuentas anuales aprobadas y depositadas correspondientes a los tres últimos ejercicios cuyo período de presentación haya finalizado junto con cuentas anuales aprobadas en los modelos normalizados para la presentación de cuentas en el Registro Mercantil, debidamente cumplimentados
- Certificación telemática del Registro Mercantil relativa a las cuentas anuales aprobadas y depositadas correspondientes a los tres últimos ejercicios cuyo período de presentación haya finalizado junto con cuentas anuales aprobadas en los modelos normalizados para la presentación de cuentas en el Registro Mercantil, debidamente cumplimentados
- Certificado del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, siempre y cuando en el mismo estén inscritas las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios cuyo período de presentación haya finalizado junto con cuentas anuales aprobadas en los modelos normalizados para la presentación de cuentas en el Registro Mercantil, debidamente cumplimentados

**En cualquiera de estos documentos deberá aparecer de manera fehaciente el número de registro del depósito de las cuentas anuales aprobadas efectuado por el Registrador Mercantil (...)**» (la negrita no es nuestra)

Para resolver la controversia que se plantea es preciso realizar una serie de consideraciones. En primer lugar, como bien indica el órgano de contratación en su informe, la ahora recurrente era conocedora del contenido del pliego donde se recoge expresamente el medio de acreditación del volumen anual de negocios, al establecer que el volumen anual de negocios de la persona licitadora se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si la persona licitadora estuviera inscrita en dicho registro, y las personas empresarias individuales no inscritas en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.



En este sentido, teniendo en cuenta que los pliegos son la ley del contrato y que en el anexo I apartado 4B del PCAP se exigía expresamente para las personas empresarias individuales no inscritas en el Registro Mercantil, que acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por dicho registro, la ahora recurrente debió aportarlos legalizados por el Registro Mercantil, lo que no hizo, no pudiendo ahora, como pretende, cuestionar el contenido de los pliegos al no haberlos impugnado en el momento procedimental oportuno.

La mesa de contratación le concedió plazo de subsanación, así se desprende del expediente recibido en este Tribunal, y en el trámite concedido, la persona física recurrente, en lugar de poner en conocimiento de la mesa, en su caso, la condición de empresario individual no inscrito en el Registro Mercantil, y el carácter potestativo de la inscripción que sostiene, y que ahora invoca en sede de recurso, presentó, tal y como ella misma reconoce, la solicitud de legalización efectuada ante el Registro Mercantil.

Al hilo de ello, se ha de recordar que el artículo 139 de la LCSP, dispone en su punto 1 que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentos que rigen la licitación (...)”*. En este sentido, hemos de tener en cuenta que, conforme a reiteradísima jurisprudencia (v.g Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero y 19 de marzo de 2001, entre otras) y doctrina tanto de este Tribunal (Resoluciones 103/2017, de 19 de mayo y 121/2017, de 9 de junio, entre otras muchas) como del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales (v.g. Resolución 460/2017, de 26 de mayo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), el pliego de condiciones constituye “lex contractus” o “ley entre las partes”, debiendo someterse a sus reglas no solo los licitadores sino también la propia entidad contratante redactora de sus cláusulas. Lo contrario implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad de trato para aquellas licitadoras que han respetado el contenido del pliego.

La cuestión reside en que la determinación de las condiciones en las que se podrá acreditar la existencia de solvencia en los distintos contratos es algo que corresponde decidir de manera discrecional y no arbitraria al órgano de contratación, siempre que se trate de condiciones que sean congruentes con lo establecido por la ley, lo que a su vez exige que los documentos que deban aportarse sean congruentes con los requisitos o condiciones exigidos por el pliego. Así, el párrafo primero del artículo 92 de la LCSP señala que la concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos. En su ausencia serán de aplicación los establecidos en los artículos 87 a 90 para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los pliegos.

En el presente supuesto, el pliego establece cómo ha de realizarse la acreditación de la solvencia económica financiera en el caso de los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil, mediante la presentación de sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil. Manifiesta la recurrente que no entiende cómo los pliegos pueden exigir sus libros de inventario y cuentas legalizadas por el Registrador Mercantil cuando solamente les está permitido presentarlas a los empresarios inscritos. Este Tribunal entiende que dicha alegación debió, en su caso, haber motivado, en el momento procedimental oportuno la impugnación del pliego por la licitadora si no estaba conforme con ello y si advertía la inviabilidad jurídica de tal previsión, a la vista de la normativa sectorial o que podría resultar en la práctica limitativa de la concurrencia, pero no lo hizo, por lo que ahora le está vetado, en sede de recurso, plantear la contradicción que señala en los pliegos reguladores de la presente licitación.



Consiguientemente, procede la desestimación del presente motivo, pues la recurrente en su momento no subsanó el requisito de solvencia económica en los términos exigidos en el PCAP que es *lex contractus*, sin que, por otra parte, pusiera de manifiesto a la mesa, en el trámite de subsanación concedido, lo que ahora señala en su escrito de recurso, esto es, el carácter potestativo de la inscripción por su condición de empresario individual no inscrito lo que podría haber evitado su exclusión, al menos, por este motivo. En este sentido, cabe recordar que el órgano de contratación no tiene la obligación de apreciar de oficio la existencia de una razón válida por la que el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación (v.g., entre otras, las Resoluciones de este Tribunal números 136/2018, de 10 de mayo, 173/2020, de 1 de junio, 155/2021, de 22 de abril, 264/2021, de 1 de julio, 364/2022, de 6 de julio, 411/2022, de 4 de agosto y 484/2022, 30 de septiembre).

Procede la desestimación íntegra del recurso.

#### **NOVENO. Sobre la imposición de multa solicitada por el órgano de contratación.**

El órgano de contratación solicita la imposición de multa por mala fe de la recurrente indicando, al respecto, lo siguiente:

*«A la vista de las alegaciones del recurso se reconoce por la recurrente que no ha aportado la documentación requerida, incurriendo posiblemente en falseamiento de la declaración efectuada en el DEUC, según lo anteriormente visto respecto a la solvencia económica que debía acreditar. Asimismo se hace un uso inadecuado de la figura del recurso administrativo, al respecto, ese Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resoluciones 64/2018, de 8 de marzo y 7/2019, de 17 de enero, o la más reciente 346/2019, de 24 de octubre), con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo, de 8 de octubre de 1991, dictada en el recurso n.º 2136/1989) que “Se considera que un sujeto actúa de mala fe en un proceso, a efectos de la imposición de costas, cuando conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria, o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia, propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene. (...)*

*En cuanto al importe de la multa, el 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 en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, por lo que se deja a criterio de ese Tribunal la determinación de la misma, no obstante dado el carácter temerario de la pretensión del recurso se solicita un importe mínimo de 3.000 euros, estando esto motivado en evitar que el derecho al recurso especial se utilice de manera abusiva, pues en la contratación pública también está presente el interés general, digno de tutela. A lo anterior se une que el recurso ha dado origen a un procedimiento*

*que ha incrementado de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta ese Tribunal y esta Agencia, por lo que consideramos que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellos recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con una manifiesta temeridad. La preparación del presente informe así como de la documentación a adjuntar al mismo, requieren más de 8 horas de trabajo que no pueden dedicarse a otras tareas administrativas igualmente necesarias para la consecución de los objetivos de esta Agencia Pública»*

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, con la impugnación planteada, la recurrente ha utilizado esta vía de actuación con temeridad, a pesar de que, de antemano, la diligencia media de un licitador razonablemente informado y normalmente diligente debería haberle hecho presumir la probable desestimación de su recurso, en la medida que despliega un mínimo argumentario que no cohonesta con la seriedad en el recurso, máxime cuando, a pesar de la claridad de los pliegos, lo que presenta la recurrente en fase de subsanación, es una solicitud de legalización de los libros en el RM en fecha muy posterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas.

A lo anterior se une que el recurso ha dado origen a 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 aquellos 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».

El órgano de contratación cuantifica en 3.000 euros el importe mínimo de la multa que solicita en razón a la manifiesta temeridad, pero sin concretar el perjuicio irrogado más allá de las horas de trabajo (8) dedicadas a la preparación del informe y restante documentación.

Este Órgano estima que las circunstancias expuestas de temeridad determinan 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 lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

#### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial interpuesto por **M.d.C.R.O.** contra la resolución de adjudicación en la que se contiene la exclusión de su oferta, con relación al lote 8, del procedimiento de adjudicación denominado «Servicios de actividades extraescolares mediante acuerdo marco» (Expediente CONTR 2022 0000637463) convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, entidad adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional.

**SEGUNDO.** Imponer al recurrente una multa 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 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.

