

**Recurso 410/2023**  
**Resolución 461/2023**  
**Sección Segunda**

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

Sevilla, 22 de septiembre de 2023

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **M.d.M.H.C.** contra la exclusión de su oferta, con relación al lote 2, del procedimiento de adjudicación del contrato 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 2 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. La póliza de seguro aportada no incluye a la Agencia Pública entre los beneficiarios. No aporta declaración responsable de no haberse dado de baja en el Impuesto de Actividades Económicas»*

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.M.H.C.** por el motivo anteriormente indicado, respecto del citado lote 2. La resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 4 de septiembre de 2023.

**SEGUNDO.** El 4 de septiembre de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación respecto del lote 2.

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 12 de septiembre.

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, habiéndose recibido las presentadas por la licitadora Á.M.R.B.

## **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 2, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

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

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de un licitador en el procedimiento de adjudicación de un acuerdo marco cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.b) 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, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) 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, por no subsanar correctamente la documentación que le fue requerida. Los motivos que esgrime son los siguientes:



Primero. - Alega, como cuestión previa, que la presentación de las cuentas anuales en el Registro Mercantil (RM) sería exigible solamente para los empresarios individuales, pero no para los profesionales, invocando, a tal efecto, el apartado 2.3 del 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. En este sentido, manifiesta que tanto las cuentas anuales como la renta presentada hacen prueba contra terceros, pudiéndose constatar cómo el importe que consta en la declaración de renta se equipara a las mismas magnitudes que figuran en el balance de pérdidas y ganancias por importe de 146.738, 03 euros, que presentó tras el requerimiento de subsanación.

Asimismo, indica que la falta de aportación de los libros de inventario y cuentas anuales obedece a que se trata de una persona física no sujeta a la obligación de presentar los libros en el RM, al no tener obligación de inscribirse obligatoriamente, y, por ende, de depositar las cuentas. Según sostiene, solo están sujetos a tal obligación los administradores de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, comanditaria por acciones y de garantía recíproca, fondos de pensiones y, en general, cualesquiera otros empresarios que en virtud de disposiciones vigentes vengan obligados a dar publicidad a sus cuentas anuales, quienes presentarán éstas para su depósito en el Registro Mercantil de su domicilio, dentro del mes siguiente a su aprobación. Igual obligación - indica- incumbe a los liquidadores respecto del estado anual de cuentas de la liquidación, insistiendo en que los demás empresarios inscritos podrán solicitar, con arreglo a las disposiciones del Reglamento del Registro Mercantil, RRM el depósito de sus cuentas debidamente formuladas. (Artículo 81 y 365 del RRM).

Sostiene que idéntica conclusión se alcanza si se acude al artículo 2 del Real Decreto 817/2009 que se refiere a las sociedades y empresarios individuales que se encuentren inscritos en el RM que deberán presentar con carácter anual una declaración responsable según el modelo aprobado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Segundo. - Esgrime que tampoco la Administración, en el requerimiento que le efectuó, le advirtió que debía presentar de manera voluntaria las cuentas, aunque no tenga obligación de presentarla, invocando la buena fe en su actuación, que acredita con la presentación del balance donde sí constaba la cifra de negocios.

Tercero. - Alega que, para acreditar la solvencia económica, se puede acudir a cualquiera de los medios establecidos en el artículo 87 de la Ley 9/2017:

A) Cifra de negocios, que considera ha quedado probada con la presentación de la renta, que viene en la casilla 171 de la página 4 de la declaración; con el balance de pérdidas y ganancias y de situación, presentado tras el requerimiento de subsanación (documentos n. 2.1 y 2,2)

B) Por un seguro de responsabilidad civil a favor de la Administración, que como se probará en el apartado siguiente, siempre ha estado incluido la Administración, pero que, por error del certificado, no se incluyó.

C) Patrimonio neto, o bien ratio entre activos y pasivos, al cierre del último ejercicio económico (que se puede extraer del balance de situación presentado en su día y que se vuelve a presentar junto al recurso.

Entiende, en síntesis, que ha cumplido con el apartado A) y B) para probar la solvencia.

Cuarto. - Reconoce que ha cometido un error en el seguro de responsabilidad civil presentado, ante la falta de inclusión como beneficiario de la Agencia Pública de Educación, si bien indica que sí constaba incluido en el momento de la solicitud, según se recoge en el certificado del agente de seguro (documento n.4)



Quinto. – Respecto de la falta de aportación de la declaración responsable, se adjunta de nuevo (documento n.5) indicando lo siguiente:

- «a) De no haberse cumplimentado, no puede ser esencial, para excluir a esta parte de la licitación.*
- b) Que en los Anexos de la convocatoria no se hace constar dicha declaración de que no se ha dado de baja en el IAE*
- c) Que la administración tiene autorización escrita de esta parte para acceder a la información fiscal, y comprobar que este dado de alta. No obstante, se adjunta certificado (**Documento N.6**)*
- d) Que esta parte como se ha dicho, lleva ejerciendo la actividad profesional desde hace más de 10 años, por lo que obvia su alta fiscal*
- e) Porque es obvio que, en caso de ser adjudicataria de los servicios, es indispensable darse de Alta en el IAE, para ejercer la actividad y poder facturar a la propia Administración.*
- f) Subsidiariamente, para el supuesto de que no se admitan las consideraciones indicadas, o la documental que se presenta con este recurso, y haciendo una interpretación literal de la normativa, (existe jurisprudencia de admitir la documental que se presenten enalzada) al haberse dado de alta esta empresa con anterioridad al ejercicio corriente, (apartado 10.2.h. de la convocatoria) no tiene obligación de presentar el Alta, sólo el recibo de pago. En ambos casos, es decir, el que presente al Alta en el año corriente o el recibo de pago del IAE en años anteriores, tiene obligación de presentar la declaración negativa de que no se ha dado de baja, pero en este caso concreto, esta parte no puede presentar ni una cosa ni la otra, la primera porque como se acredita en el certificado de IAE estamos dado de alta en años anteriores y la segunda, porque al no sobrepasar esta parte el millón de euros (como consta acreditado en la Renta), no tiene obligación de pago y por tanto no puede presentar dicho recibo de pago; por lo que si no puede presentar una cosa ni la otra, decae presentar en nuestro caso dicha declaración negativa. La exención del pago es una cuestión notoria que no hace falta probar.»*

Con fundamento en lo anterior, y tras la invocación de la prevalencia de la justicia material sobre la formal, solicita que se le admita como adjudicataria, tras la subsanaciones o comprobaciones que se estime conveniente efectuar, por las siguientes razones:

- «- Dado que al ser un profesional, no tiene la obligación de los empresarios individuales, de ser empresario, no tiene la obligación de presentar las cuentas en el registro Mercantil, y de tener obligación, se ha probado la solvencia por otros medios.*
- Porque siempre ha constado como beneficiaria la Administración en la póliza, y errores de terceros no puede perjudicar a esta parte*
- Porque el requisito de no presentar el certificado negativo de baja en el IAE, no puede ser esencial, dado que es una omisión subsanable y comprobable por la administración, sin perjuicio de que esta parte lo presento en el requerimiento de subsanación, es decir, este por sí sólo, no puede dejar fuera de la convocatoria a esta parte».*

## 2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso, tras relatar las principales actuaciones procedimentales, interesa la desestimación de este, con fundamento en las siguientes alegaciones.

En primer lugar, se opone al argumento esgrimido, respecto de la no sujeción de la recurrente a la obligación de inscripción obligatoria en el RM y depósito de las cuentas anuales, alegando que aquella asume y reconoce que no aportó los libros legalizados de inventario y cuentas anuales que exigía el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) regulador del procedimiento, señalando que, si no estaba conforme con aquel, debió en su caso, impugnarlo en el momento procedimental oportuno.



Insiste en que el PCAP exigía de forma acumulativa, la acreditación de la solvencia económica y financiera por alguno de los siguientes medios:

«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:

LOTES	Importe
1 AL	5.671,23€
2 CA	5.671,23€
3CO	5.671,23€
4GR	5.671,23€
5HU	5.671,23€
6JA	5.671,23€
7MA	5.671,23€
8SE	5.671,23€

(...). 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,

X 3. El patrimonio neto según el balance correspondiente al último ejercicio económico de las cuentas anuales aprobadas deberá superar el importe mínimo establecido en la legislación mercantil para no incurrir en causa de disolución.

Se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas correspondientes al último ejercicio para el que esté vencida la obligación de aprobar las cuentas anuales, y depositadas en el Registro Mercantil u oficial que corresponda; si no lo estuvieran, deben presentarlas acompañadas de la certificación de su aprobación por el órgano de administración competente. Las personas licitadoras individuales no inscritas en el Registro Mercantil deberán presentar sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil. (...)

Considera que la recurrente no subsanó el requisito de solvencia económica y financiera en los términos exigidos por los pliegos, que son *lex contractus*, y, teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó aquellos en su día, necesariamente habría de estar ahora al contenido de los mismos, invocado, entre otras, las 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).



En segundo lugar, respecto del certificado de seguro de responsabilidad civil, el informe indica que la recurrente reconoce el error cometido y adjunta al recurso póliza de responsabilidad civil, en la que efectivamente ya incluye a la recurrente como beneficiaria. Frente a tal actuación, esgrime que la vía del recurso especial no es un medio para la aportación extemporánea de documentación que la recurrente debió presentar en el plazo concedido para ello. Invoca, en apoyo de su pretensión, la Resolución 386/2019, de 14 de noviembre, de este Tribunal, y concluye que la actuación de la mesa fue correcta ya que el requerimiento efectuado fue lo suficientemente concreto para que un licitador diligente e informado pudiera comprender lo que se le estaba solicitando, por lo que la recurrente no atendió aquel con la diligencia debida, pese a que supiera que la consecuencia aparejada a la falta de subsanación era la exclusión de la oferta.

En tercer lugar, respecto de la falta de aportación de la declaración responsable de no darse de baja en la matrícula del Impuesto de actividades económicas (IAE), el informe puntualiza que, como puede comprobarse en la documentación que adjunta, en la reunión de la mesa de contratación de fecha 11 de agosto de 2023 -para la apertura y análisis de la documentación previa a la adjudicación-, ya se le requirió en subsanación a la recurrente este apartado, sin que aportase la declaración referida que venía exigida claramente por la cláusula 10.7.2 letra h) del PCAP.

Finalmente, el órgano solicita la imposición de multa, por apreciar mala fe, a la vista de las alegaciones del recurso, con fundamento en el reconocimiento por la recurrente que no aportó la documentación requerida, y haber efectuado, en consecuencia, un uso inadecuado de la figura del recurso administrativo. Invoca doctrina del Tribunal (entre otras, las Resoluciones 64/2018, de 8 de marzo, 7/2019, de 17 de enero, o la más reciente 346/2019, de 24 de octubre) así como la doctrina del Tribunal Supremo para sostener la actuación de mala fe de la recurrente.

### 3. Alegaciones de las entidades interesadas.

En el trámite de alegaciones conjuntas con el RCT 402/2023 -que se tramita de forma simultánea ante este Tribunal- solamente ha cumplimentado el trámite la licitadora indicada en los antecedentes, que no ha formulado ninguna alegación sobre la cuestión de fondo que se discute.

### **SEXTO. Fondo del recurso. Consideraciones del Tribunal. De las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación que culminan con la exclusión de la oferta de la recurrente.**

En lo que aquí concierne, la recurrente, cuya oferta era la económicamente más ventajosa en el lote 2, fue requerida para que, en un plazo de diez días hábiles, a contar desde el envío del requerimiento, presente 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 acuerda requerir a la ahora recurrente para que subsane, en lo que aquí concierne, la siguiente documentación:

*«- Deberá aportar Anexo XIV del PCAP, de DECLARACIÓN DE NO ESTAR INCURSA EN INCOMPATIBILIDAD PARA CONTRATAR, debidamente cumplimentado y firmado.*

*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.

Debe aportar el Anexo XIII-A siguiendo las indicaciones establecidas en el PCAP.

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

- Deberá aportar Anexo XVI del PCAP, de DECLARACIÓN CUMPLIMIENTO OBLIGACIÓN DEL 2% DE PERSONAS TRABAJADORAS CON DISCAPACIDAD O ADOPTAR MEDIDAS ALTERNATIVAS Y CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA VIGENTE PARA LA IGUALDAD, debidamente cumplimentado y firmado.

- Deberá aportar póliza de seguro responsabilidad civil por importe mínimo de cobertura 300.500,00 euros, entre cuyos beneficiarios se incluirá a la Agencia Pública Andaluza de Educación.»

En el acta nº 5 de la sesión de la mesa de contratación de fecha 29 de agosto de 2023, se analiza la documentación presentada por la licitadora y se acuerda 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 póliza de seguro aportada no incluye a la Agencia Pública entre los beneficiarios. No aporta declaración responsable de no haberse dado de baja en el Impuesto de Actividades Económicas”

La recurrente alega la improcedencia de la exclusión, esgrimiendo los siguientes motivos, que anteriormente ha sido expuestos y que ahora procedemos a analizar:

Primero. - No obligación por su condición de empresario individual de aportar los libros de inventario ni las cuentas legalizadas en el Registro Mercantil, con invocación del artículo 81 del RRM, y el artículo 19 del Código de Comercio (Cco) que prevé que la inscripción en el RM es potestativa, y que los empresarios individuales no inscritos no podrán pedir la inscripción de ningún documento.

Cuestiona, además, la falta de claridad en este extremo del requerimiento de subsanación al no motivar la razón de la exigencia de la inscripción y legalización de tales documentos cuando no le es posible a los empresarios que no están inscritos.

Finalmente, alega que tanto las cuentas anuales depositadas como la renta presentada hacen prueba contra tercero pudiendo comprobarse que las magnitudes que constan en la declaración de renta son las mismas magnitudes que constan en el balance de pérdidas y ganancias (146.783,03 euros) aportado tras el requerimiento de subsanación.

El órgano de contratación se opone al recurso alegando, en síntesis, que, conforme a lo previsto en los pliegos, la forma de acreditación de la solvencia económica y financiera acumulativamente por los medios que se señala en aquellos exige la acreditación del volumen anual de negocios por medio de sus libros inventario y cuentas anuales legalizadas por el RM, para las personas licitadoras individuales no inscritas. En este sentido, invoca la condición de *lex contractus* de los pliegos que no fueron impugnados por la recurrente en su momento y, por tanto, fueron consentidos por aquella, resultando claro y meridiano el contenido de aquellos respecto de la forma de acreditación de la solvencia económica y financiera.

Pues bien, la recurrente, como bien señala el informe del órgano de contratación, no solo conocía lo establecido en los pliegos con claridad meridiana, sino que no los impugnó en su día, por lo que era plenamente conocedora de que debía acreditar aportar los libros inventarios y cuentas anuales legalizadas por el RM.

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)

A fin de resolver la controversia que se suscita, es preciso realizar una serie de consideraciones. En primer lugar, 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 las personas empresarias individuales no inscritas en el RM acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por aquel. Esto es, en el supuesto que se examina, en el que la ahora recurrente es una empresaria no inscrita en el RM, ha de acreditar su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por dicho 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 RM, que acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por dicho



registro, la ahora recurrente debió aportarlos, 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 empresaria, en lugar de poner en conocimiento de la mesa la condición de empresario individual no inscrito en el RM, que invoca ahora en sede de recurso, presentó, tal y como ha corroborado este Tribunal la cuenta de pérdidas y ganancias correspondiente al ejercicio 2022.

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 RM. Manifiesta la recurrente que no entiende cómo los pliegos pueden exigir sus libros de inventario y cuentas legalizadas por el RM 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, su condición de empresario individual no inscrito lo que podría haber evitado su exclusión, al menos, por este motivo. La recurrente apela a la buena fe, pero ello no le exime ni justifica que no hubiese dado traslado a la mesa de todas esas cuestiones, en el momento que correspondía. En definitiva, no



cabe subsanar por vía de recurso lo que debió alegar en su momento ante la mesa. 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).

Segundo. – Respecto del certificado del seguro, la cláusula 10.7.2 n) del PCAP establece, por lo que aquí concierne lo siguiente:

**« n. Seguro.**

*La persona licitadora propuesta adjudicataria que haya presentado la mejor oferta, estará obligada a suscribir, con entidad aseguradora debidamente autorizada, las pólizas de seguros que se indican en el Anexo I-apartado 13, entre cuyos beneficiarios se incluirá a la Agencia Pública, por los conceptos, cuantías, coberturas, duración y condiciones que se establecen en el mismo.*

*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 junto con los recibos y justificantes de pago.*

*La citada póliza deberá mantenerse en vigor durante el periodo de ejecución del acuerdo marco y de los contratos basados lo que acreditará ante el órgano de contratación cuando éste lo requiera, incluido el periodo de garantía.*

En el referido apartado 13 se establece:

**«Obligación de tener suscrito SEGURO que cubra las responsabilidades que se deriven de la ejecución del contrato basado: Si**

*En su caso, términos del seguro: PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL que debe reunir las siguientes coberturas:*

⌚ *Los posibles siniestros y que ampare las posibles contingencias que se pudieran derivar de la ejecución del contrato*

⌚ *La garantía patronal que cubre los posibles daños y perjuicios sufridos por el personal de la empresa en la ejecución de los trabajos.*

⌚ *La responsabilidad civil del personal al servicio de la entidad adjudicataria por los riesgos que por daños puedan sufrir el alumnado durante el tiempo del servicio así como por daños a terceros, tanto a personas como a cosas.*

⌚ *También por daños producidos a la Agencia Pública Andaluza de Educación, o al personal dependiente de la misma, durante la vigencia del contrato.*

⌚ *La defensa jurídica y las fianzas.*

*IMPORTE: Capital mínimo asegurado de TRECIENTOS MIL QUINIENTOS EUROS (300.500 euros).*

*Plazo de presentación: El establecido en el requerimiento efectuado conforme a la cláusula 10.7 del PCAP»*

La recurrente reconoce su error, por lo que este Tribunal ha de dar la razón al órgano de contratación cuando afirma que es en sede de recurso cuando se aporta debidamente lo que debió aportar en fase de subsanación, sin que proceda, la utilización de la vía del recurso para subsanar, de manera extemporánea, la documentación que le fue requerida, como este Tribunal ha dictaminado en numerosas resoluciones, valga por todas la Resolución 119/2020, de 21 de mayo, 138/2021, de 15 de abril y 270/2021, de 8 de julio, en las que se cita la 386/2019, de 14 de noviembre, invocada por el órgano de contratación, que afirma «Iguualmente 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».

Tercero. - Respecto de la declaración responsable cuya omisión constituye uno de los motivos de exclusión, conviene acudir a lo dispuesto en la cláusula 10.7.2 letra h) del PCAP que dispone:

*«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 cualquiera de los siguientes epígrafes del citado impuesto correspondiente al objeto del contrato, esto es , en las Sección 1: 933.9 – 966.9 – 967.2 o Sección 2: 822 – 823- 824 - 826. 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.»*

Pues bien, según resulta del expediente administrativo, conforme a lo previsto en los pliegos, a la propuesta como adjudicataria se le requirió en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP , y posteriormente en la fase de subsanación se le solicitó claramente que “Deberá aportar Declaración responsable de no haberse dado de baja del Impuesto de Actividades Económicas”, habiéndose corroborado por este Tribunal que, como señala el órgano de contratación en su informe dicha documentación no fue presentada por la recurrente en el momento procedimental oportuno. Prueba de ello es que, entre las razones aducidas por la recurrente intenta escudarse en calificar como no esencial la cumplimentación de dicho requisito, lo que obviamente ha de rechazarse de plano, puesto que, estando claramente establecida su exigencia en los pliegos y habiéndole sido requerido en dos ocasiones, es ostensible la falta de diligencia de la licitadora que lleva a concluir que la exclusión de la oferta de la recurrente, respecto del lote 2, es ajustada a Derecho, al evidenciarse, de un modo objetivo, la falta de aportación de la documentación que le fue requerida, en los términos exigidos por los pliegos.

Procede la desestimación íntegra del recurso.

### **SÉPTIMO. 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, intentando desvirtuar el contenido tanto del PCAP como los preceptos de la ley para justificar su incompetencia. 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.»*



Como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1155/2018, de 17 de diciembre, -criterio que comparte este Tribunal-, la mala fe ha de ser palmaria, sin que pueda existir una interpretación razonable y favorable a la creencia de actuar en el ejercicio legítimo de un derecho; y ello, por cuanto la multa tiene también un carácter sancionador, lo que exige que, ante la duda, la actuación de la recurrente deba entenderse presidida por el principio de buena fe.

Pues bien, en el supuesto examinado, aunque en dos de los motivos desestimados claramente hay una falta de aportación de documentación por parte de la recurrente que pretende suplir a través de la vía del recurso especial, en el primer motivo, la recurrente, pese a la desestimación, despliega un esfuerzo argumentativo que no puede tildarse de temerario, sin que el proceder de la recurrente, en el recurso que nos ocupa, permita evidenciar un ánimo torticero en la obtención de un resultado favorable, induciendo a error o equivocación al Tribunal con sus argumentos.

Por otra parte, no se ha irrogado ningún perjuicio al interés público con su interposición, pues no se ha solicitado la adopción de medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación. De acuerdo con lo expuesto, este Tribunal considera que, no se evidencia en el presente supuesto absoluta deslealtad o abuso del principio de buena fe que debe regir en todo procedimiento administrativo, considerando que no procede la imposición de multa.

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

#### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial interpuesto por **M.d.M.H.C.** contra la exclusión de su oferta, con relación al lote 2, del procedimiento de adjudicación del contrato 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.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

**NOTIFÍQUESE** la presente resolución a las 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.

