

Recurso 195/2024
Resolución 225/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 12 de junio de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN INTERVENCIÓN SOCIAL OS ZAGALES** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 6 de mayo de 2024, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicios complementarios en escuelas infantiles dependientes de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional de la Junta de Andalucía» Expte. (00024/ISE/2024/SC), con relación a los lotes 9 y 10 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 11 de marzo de 2024, 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 de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Con esa misma fecha los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores. El valor estimado del contrato asciende a 2.824.826,40 euros.

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 6 de mayo de 2024, acordó la exclusión de la oferta de la entidad recurrente, respecto de los lotes 9 y 10. El 7 de mayo de 2024, el citado acuerdo de la mesa de contratación fue remitido y notificado a la asociación recurrente.

SEGUNDO. El 26 de mayo de 2024, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente contra el acuerdo de exclusión de su oferta indicado en el encabezamiento de esta resolución.

La Secretaría del Tribunal requirió al órgano de contratación el día 27 de mayo de 2024, la documentación necesaria para la resolución del recurso. Transcurrido el plazo de 2 días, se reitera la petición de documentación, recibándose la misma en este Tribunal.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras que habían presentado oferta, para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerase oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido para ello las de la entidad GP SERVICIOS EDUCATIVOS, S.L.

TERCERO. Por último, mediante Resolución MC. 62/2024, de 31 de mayo, este Órgano acuerda la suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente.

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 de los lotes 9 y 10 del contrato, 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 contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP

CUARTO. Plazo de interposición.

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

QUINTO. Actuaciones realizadas en el procedimiento de licitación y alegaciones de las partes.

1. Sobre el expediente remitido.

Sobre el expediente administrativo remitido téngase en cuenta que se ha ordenado con un índice el expediente. No obstante, de acuerdo con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo 4309/2023 (ECLI:ES:TS:2023:4309), la cual expresa:

“Este Tribunal en fecha reciente, SSTs de 3 de julio 2023 y 2 de octubre 2023, enjuiciando actos del Consejo General del Poder Judicial, recordó que se había pronunciado en varias ocasiones, unas referidas a la Administración Local y otras a la Administración General del Estado, sobre el expediente administrativo y el deficiente modo de presentación mediante el amontonamiento de hojas que se produce cuando se escanean documentos (entre otras SSTs 15 de marzo de 2021, 24 de junio de 2021, recurso casación 1559/2020, 14 de diciembre de 2021, recurso ordinario 112/2020, 6 de julio de 2022, recurso casación 6577/2020) aunque la Administración remitente lo



denomine "expediente digital" o como, en el caso de autos, lo remita en un moderno "pen drive" con logotipo del suprimido Ministerio de Administraciones Públicas si bien el órgano remitir es el Ministerio de Política Territorial".

Añade el Alto Tribunal que:

"Una transformación de documentos en formato papel a un formato digital no es simplemente proporcionar una imagen escaneada. sino que la imagen ha de poder identificarse para su eficaz y rápida consulta mediante el correspondiente índice conforme a las exigencias legales.

Conviene recordar que el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo Común de las Administraciones Públicas, nos dice lo que se entiende por expediente administrativo, esto es un conjunto ordenado de documentos que sirven de antecedente a la resolución administrativa, o en el caso de impugnación de disposiciones generales, los antecedentes de aquellas.

El mismo precepto nos indica en su apartado segundo que tendrá formato electrónico con un índice de todos los documentos en línea con las previsiones de la derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, sobre Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos".

Prosigue señalando que:

"(... la existencia de un índice en condiciones resulta no solo razonable sino también por cuestión de diligencia y eficacia a la hora de permitir una consulta ordenada de toda la documentación obrante.

Ese índice lateral izquierdo cuando el expediente es electrónico o de la Administración digital ha de permitir su consulta desplegando las hojas sin necesidad de visualizar todas las páginas cada vez que se opte por comprobar o contrastar un dato. Lo anterior es lo que permiten los documentos digitalizados en PDF con el servicio de índice, es decir, al colocar el cursor sobre el apartado correspondiente se abre en la página buscada, aunque el documento en PDF tenga miles de páginas (un ejemplo el código electrónico COVID-19 Derecho Europeo y Estatal del Boletín Oficial del Estado y los demás códigos electrónicos editados por el Boletín Oficial del Estado, otro ejemplo es la Memoria del Tribunal Supremo 2022, recientemente repartida a los Magistrados en un dispositivo "pen drive")".

Cuando en virtud de una norma sea preciso remitir el expediente electrónico se hará de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y en las correspondientes Normas Técnicas de Interoperabilidad y acompañado de un índice que garantice su integridad e inmutabilidad. No puede reputarse índice al simple enumerado de documentos.

Además de lo anterior, se ha de señalar que este Tribunal junto con la petición del expediente acompaña las Instrucciones para la remisión del expediente aprobadas mediante Acuerdo de 20 de diciembre de 2018. Se extrae de dichas instrucciones lo que resulta relevante para el supuesto concreto:

«INSTRUCCIONES PARA LA REMISIÓN ELECTRÓNICA DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN.

El artículo 54 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) establece que las comunicaciones y el intercambio de documentación entre los órganos competentes para la resolución de los recursos y los órganos de contratación en el procedimiento del recurso especial en materia de contratación se harán por medios electrónicos.

En este sentido, para la remisión del expediente en formato electrónico se habrá de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 28 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual (en adelante RPERMC) aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre y en el artículo 70.2 y 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP).



El mencionado artículo 28 del RPERMC establece que se remitirá el expediente de contratación completo y ordenado, acompañado de un índice de los documentos que contenga, incluyendo diligencia de autenticación de los mismos.

(...)

De conformidad con lo previsto en el artículo 70 de la LPACAP, la remisión electrónica del expediente, se hará de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y en las correspondientes Normas Técnicas de Interoperabilidad, y se enviará completo, foliado, autenticado y acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga.

A continuación, se facilita una **guía orientativa** sobre la documentación a remitir.

- El **expediente administrativo** deberá, en todos los casos, contener una diligencia de autenticación y un **índice numerado -también autenticado- de todos los documentos que contenga el mismo**, con **indicación expresa de aquellos documentos que hayan sido declarados confidenciales** por las entidades licitadoras y que **permita por medio de un sistema de hiperenlaces o similar el acceso directo a la documentación en él enumerada**.

Los documentos integrantes del expediente administrativo, deberán remitirse en un formato que permita la realización de búsquedas dentro de su contenido. El documento remitido en formato PDF deberá resultar de la conversión previa de un documento de texto evitando, siempre que sea posible, la remisión de documentos escaneados.»

2. Sobre las actuaciones realizadas.

En la sesión de la mesa de contratación celebrada el 12 de abril de 2024, se acordó elevar al órgano de contratación propuesta de adjudicación de los lotes 9 y 10 a favor de la asociación recurrente, dada la mayor puntuación obtenida por ésta. De este modo, previo el requerimiento oportuno, la asociación recurrente presentó la documentación previa a la adjudicación, entre ella la relativa a la acreditación de la personalidad y capacidad de la persona licitadora, de la representación, de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional.

El día 30 de abril de 2024, la mesa de contratación convocada a efectos de analizar la documentación previa a la adjudicación de las personas licitadoras propuestas como adjudicatarias formuló requerimiento de subsanación al respecto de la documentación presentada por la asociación en los términos siguientes:

“b. Documentos acreditativos de la representación. Aportar las escrituras de poder de representación de DOÑA CAROLINA CASA MIGUEL (protocolo número 547 de fecha 28 de marzo de 2017) debidamente inscrito en el Registro Mercantil.

c. Documentos que acreditan la solvencia económica y financiera. Deberá aportar justificante donde aparezca de manera fehaciente el número de registro del DEPÓSITO DE LAS CUENTAS ANUALES DEL EJERCICIO 2022 aprobadas, efectuado por el Registrador Mercantil, tal y como se establece en PCAP (han aportado el depósito del ejercicio 2020 y 2021)”.

Posteriormente, y no considerándose realizada la subsanación se adopta por la misma, el acuerdo de exclusión de 6 de mayo de la mesa deja fuera a la entidad recurrente de los lotes 9 y 10, por los motivos que se expresan a continuación:

“b. Documentos acreditativos de la representación. En las escrituras de poder de representación de DOÑA CAROLINA CASA MIGUEL (protocolo número 547 de fecha 28 de marzo de 2017) aportadas no consta su inscripción



en el Registro Mercantil correspondiente, como se establece en la cláusula 10.7.2 b) del PCAP y se le solicitó en el requerimiento de subsanación de la documentación.

c. Documentos que acreditan la solvencia económica y financiera. En la documentación aportada no consta la fehaciencia del correcto depósito en el Registro Mercantil, de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2022 (solo su presentación), tal y como se le solicitó en el requerimiento de subsanación de la documentación”.

En el expediente remitido figura que la mesa examinó los siguientes documentos con relación a esa exclusión:

A. En cuanto a la capacidad y representación:

- a. El poder de representación notarial a Carolina Casas Miguel otorgado el 28 de marzo de 2017 por el Notario del Ilustre Colegio de Aragón, D. L. de C.D-Quetcuti con protocolo número 547.
- b. El bastanteo realizado por el Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía en donde se expresa que:

“Es bastante para que DOÑA C.C.M., DON D.A.D., DOÑA M.J.R.B. Y DON J.G.B., como Apoderados de la Asociación, actuando solidariamente, en nombre y representación de "ASOCIACION DE INTERVENCION SOCIAL OS ZAGALES", puedan:

- *Representar a la Asociación en todo lo relativo a la contratación pública.*
- *Firmar cuantos documentos públicos o privados sean necesarios o convenientes a los efectos de la representación otorgada”.*

- B. Por otro lado, en segundo lugar, un certificado de fecha 3 de mayo de 2024, de cuentas anuales firmado por la representante de la entidad, no por el secretario de la asociación, en donde se expresa que:

“• Que, en el Documento presentado de CUENTAS ANUALES, la primera página corresponde a la página de certificación de registro del Registro Mercantil de Zaragoza, donde en la parte superior indica la fecha de presentación y nº de entrada:

Fecha de presentación: 06/09/2023

Fecha de entrada: 06/09/2023

Presentación: 2/372/23568 Folio: 3013

Nº de entrada: 2/2023/2003.

• Que al haberse presentado en 2022 las cuentas anuales de manera presencial en el Registro Mercantil de Zaragoza, este es el documento acreditativo, en el que aparece la fecha de presentación y número de entrada y presentación. En 2020 y 2021 la presentación de las cuentas anuales fue telemática, por lo que el formato de certificación es diferente.

• Que se ha solicitado, al Registro Mercantil de Zaragoza, a fecha de 30/04/2024, las cuentas del último depósito contable, correspondientes a 2022, con número de solicitud: H51CH37M. Incluimos archivo generado por el Registro, donde aparecen las cuentas anuales presentadas de 2022”.

1. Alegaciones de la asociación recurrente.

En cuanto a la inscripción en el Registro Mercantil del poder de representación de quien suscribe la oferta expresa que *“no cabe la inscripción de las entidades de naturaleza asociativa en el Registro Mercantil y, por tanto y lógicamente, no cabe la inscripción de quién le representa cuando no existe hoja abierta a nombre de la sociedad en el referido registro”.*



En cuanto a sus fundamentos, expresa por un lado que, “no existe impedimento alguno para que las Asociaciones puedan ser aptas para la contratación con las Administraciones Públicas siempre que tengan personalidad jurídica adquirida a través de su inscripción en el Registro de Asociaciones y que su objeto social tenga relación con el objeto del contrato”.

Alude al informe 4/1992, de 27 de noviembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía relativo a la capacidad para contratar con la Administración de las asociaciones de interés general.

Por otro lado, con respecto a la cláusula 10.7.2 b) del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), se establecía a los efectos de la acreditación de la representación cuáles eran los documentos necesarios, expresando que << “el poder presentado había sido previamente bastantado (...) constatándose que acreditaba a la firmante de la proposición para representar a la entidad ante el poder adjudicador.”; y además afirma que “el poder no tenía la consideración de “poder general”, porque se circunscribe únicamente a la representación “de la asociación en todo lo relativo a la contratación pública ante la Administración”, por la que, aun en el caso de que fuera posible la inscripción del apoderamiento de una asociación en el Registro Mercantil el propio PCAP excluye la necesidad de inscripción para el caso de facultades concretas”. >>

Alude a la naturaleza de las asociaciones que adquieren su personalidad jurídica “como consecuencia de su acto fundacional y su posterior inscripción en el Registro de Asociaciones (no en el registro mercantil) a los efectos de publicidad oportunos, sin que exista ni obligación, ni posibilidad, de inscripción constitucional en el referido registro mercantil y, por tanto, sin posibilidad de inscribir en ese registro los actos de naturaleza jurídica que le afectan -a salvo como diremos de la publicidad de las cuentas que solo resulta obligatoria para las asociaciones de interés público-”.

Realiza una revisión legal sobre la personalidad de las asociaciones sin ánimo de lucro, en el marco de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. Posteriormente cita el artículo 81 del Reglamento del Registro Mercantil señalando que entre las entidades obligadas a su inscripción en el registro mercantil no figuran las asociaciones. Asimismo, cita al artículo 87 y 94.1.5 del mismo Reglamento a fin de expresar las diferencias con los empresarios individuales, en cuanto a la exigencia de inscripción de los poderes, entre éstos y las asociaciones. Así concluye expresando que “conforme al artículo 84.1 de la LCSP, la exigencia de inscripción de la Asociaciones en el Registro Mercantil carece de cualquier sentido (...)”. Concluye señalando que “(...) habrá que subrayar que siendo esto así, resulta que el poder aportado por la Asociación Os Zagales que atribuía la representación (en materia de contratación pública) a su Presidenta, quien era a su vez quien suscribía la oferta, resultaba no solo innecesario por las facultades que le otorga el ordenamiento jurídico a la Presidenta de la Asociación a través de sus Estatutos, pero en todo caso suficiente sin necesidad de su inscripción en ningún registro público, como ya hemos dicho, por tratarse de un poder específico, y porque no existe registro público alguno hábil para ello en el que deba de inscribirse ese acto para que tenga validez, siendo su único requisito de validez el otorgamiento del mismo ante Notario, previo el acuerdo oportuno de la Asociación y con arreglo a las normas de representación y formalización del derecho civil.”

Por otro lado, en cuanto a la inscripción de las cuentas anuales expresa que “se confunde la posibilidad (que no obligación) de depositar en el registro mercantil las cuentas de una asociación como elemento de publicidad en el tráfico jurídico que reconoce el Reglamento del Registro Mercantil -y que la normativa solo exigible a las de interés público-, con la necesidad de que se aporte un número de registro, cuando se acredita que tal depósito se ha llevado a cabo”. Afirma que “la diferente configuración de la acreditación de la justificación del depósito del año 2022, con respecto al 2020 y 2021, no tiene que ver con la realidad o no de la inscripción realizada sino del modo que se hizo la misma, por cuanto las correspondientes al ejercicio de 2020 y 2021 se realizaron por medios telemáticos y la del 2022 se efectuó de manera presencial, circunstancia que generó dos tipos de impresos mercantiles pese a que



tales elementos se producen, insistimos, al respecto de un mismo momento, la presentación de la solicitud de depósito de las cuentas anuales aprobadas y sin que se dé acto de calificación alguno posterior por parte del Registro Mercantil -a diferencia de las sociedades mercantiles-”.

En cuanto a la obligación de depósito hace alusión al recurso 37/2021 que dio lugar a la Resolución 264/2021 de este Tribunal interesando su aplicación, con el fin de sostener que *“el depósito de las cuentas en el Registro Mercantil no genera para las Asociaciones, a diferencia de las sociedades mercantiles u otros sujetos obligados a la inscripción en él, acto de calificación alguno y ello por cuanto su depósito solo se efectúa a los meros efectos de publicidad de las cuentas”.*

Por último, alude a que existiría una contradicción del criterio ahora sostenido con el sostenido en procedimientos de contratación anteriores, resulta contrario al principio de confianza legítima y al de actos propios que el mismo órgano de contratación no permita ahora la acreditación en los términos que si se permitió en procedimientos similares sin que haya existido cambio alguno que así lo justifique.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En cuanto a la cláusula 10.7.2 b) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), el órgano de contratación admite el argumento de la asociación recurrente, señalando que *“se confirma que el poder de representación no se había aportado junto al bastanteo y al DNI, siendo correcta la actuación de la Mesa de Contratación solicitar dicho poder en subsanación. Sin embargo, en la solicitud de subsanación realizada el 30 de abril de 2024, además se indicaba, de manera errónea, que dicho poder estuviera “debidamente inscrito en el Registro Mercantil”. Las escrituras de poder de representación de DOÑA C.C.M. (protocolo número 547 de fecha 28 de marzo de 2017) aportada en fase de subsanación eran correctas, no pudiendo estar inscritas en el Registro Mercantil, como se le requería en subsanación, por no haber la inscripción de las entidades de naturaleza asociativa en el Registro Mercantil. Se entiende, por tanto, que se debe estimar la parte del recurso que versa sobre los “Documentos acreditativos de la representación”.*

Es decir, se allana a las pretensiones de la entidad recurrente en cuanto al bastanteo.

Por otro lado, en cuanto a la exclusión de la asociación licitadora por no constar en los documentos inscritos en el Registro Mercantil la acreditación de la fehaciencia del depósito, sí se realiza una defensa de la actuación de la mesa de contratación. Señala que el Anexo I, apartado 4-B del PCAP, se indican los criterios y medios de acreditación de la solvencia económica y financiera. Se expresa que la solvencia económica se acreditará, de manera acumulativa, mediante el cumplimiento de los medios 1 y 3.

En relación con la documentación presentada el 24 de abril de 2024 con relación al requerimiento de subsanación expresa que:

“1.- La persona licitadora aporta los documentos: “06A - CERTIFICACION PRESENTACION CUENTAS ANUALES 2021”, “06B - CERTIFICACION PRESENTACION CUENTAS ANUALES 2020”, “06C - CUENTAS ANUALES-2020 OS ZAGALES”, “06D - CUENTAS ANUALES-2021 OS ZAGALES”, donde puede comprobarse el correcto cumplimiento del medio 1 a través de las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil de Zaragoza”.

Por otra parte, respecto a la acreditación del medio 3, expresa el informe que se estudió el documento presentado “06E - CUENTAS ANUALES-2022 OS ZAGALES”. Afirma que *“es una solicitud de presentación, en el Registro Mercantil de Zaragoza, de las cuentas anuales del ejercicio 2022 de fecha 06/09/2023. Por ello, la Mesa de Contratación le requiere de subsanación, solicitándole un justificante donde aparezca de manera fehaciente el*



número de registro del depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2022 aprobadas, efectuado por el Registrador Mercantil, como sí habían aportado correctamente para el ejercicio 2020 y 2021.”

De manera reiterativa la recurrente indica que, se cita textualmente: *“se evidencia con la aportación documental tras el requerimiento que las mismas están inscritas en el Registro Mercantil, con independencia, de que la naturaleza de ese depósito no supone la necesidad de una calificación en el ámbito asociativo. Esto es, se constata con evidencia que esos requisitos “formales” señalados en el pliego (certificaciones registrales o legalización de libros) sin advertir que dichos formalismos no pueden darse en las entidades asociativas”.*

Afirma que la asociación recurrente, a pesar de expresar eso, sí que presenta correctamente las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil de Zaragoza de los ejercicios 2020 y 2021. Y para el ejercicio 2022, aporta la solicitud de presentación de 6 de septiembre de 2023 y, en la documentación aportada en el recurso, presenta el documento denominado “DOC 9_ DEPOSITOS Y LEGALIZACIONES” donde se desprende que la fecha de depósito es de 9 de octubre de 2023, Diario: 0/23568, Depósito: Legajo: 3/2023/20028. Por ello, cuando se afirma por parte de la asociación que *“dichos formalismos no pueden darse en las entidades asociativas”*, se dice que no es cierto.

Reviste interés cuando afirma que se ha presentado *“en fase de recurso nueva documentación donde, a través del documento “DOC 9_ DEPOSITOS Y LEGALIZACIONE” se comprueba el depósito de las cuentas de los ejercicios 2019, 2020, 2021 y 2022. La documentación solicitada por la Mesa de Contratación no era imposible de cumplir ni fuera de derecho. Como se puede comprobar, en el requerimiento de subsanación no hay duda de qué documentación se le está solicitando (tampoco constan consultas de la recurrente sobre este aspecto), y además de ello se le dan varias opciones con el fin de facilitarle las vías por las que puede acreditar el depósito de las cuentas, medios acreditativos que avaló el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales a través de la Resolución 466/2016, y que así se recoge en el Anexo I- apartado 4 del PCAP que rige la licitación”.*

Cita que los documentos *“que se solicitan no son conceptos jurídicos ambiguos, sino que se definen y describen con claridad. A todas luces resulta una obviedad que el hecho de afirmar que no acredita el depósito de las cuentas con los antecedentes que se han mencionado, hace referencia a que no ha aportado ninguno de los documentos que con toda claridad se le habían solicitado en fase de subsanación”.*

Apela a los criterios de este Tribunal, por ejemplo, los de la Resolución 305/2016. El órgano de contratación alega además la Resolución 248/2017 de este Tribunal para defender que la información obtenida por la recurrente a través del Servicio de Información Mercantil Interactiva del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pueda ser un medio válido para consultar y obtener información relativa a las entidades inscritas en los Registros Mercantiles, pero que la misma no reviste el carácter de nota simple informativa a la que se refiere el citado artículo 78 del RRM y que es exigida en el PCAP.

Subsidiariamente plantea que, si la recurrente incumple un determinado requisito exigido en los pliegos, en concreto la acreditación de la solvencia económica en los términos previstos en el anexo I, la consecuencia es la exclusión de su proposición, no pudiendo la licitadora continuar en el procedimiento, siendo por tanto correcta la actuación de la mesa de contratación, ya que lo contrario supondría una vulneración del principio de igualdad de trato entre las entidades licitadoras. En este sentido, defiende que ha de recordarse que los pliegos son *“lex contractus”*.

3. Alegaciones de la entidad interesada.



Afirma que la misma fue excluida para los lotes 3 y 4 de la misma licitación. Expresa que el documento que aporta de las cuentas anuales es el mismo que presentó la asociación recurrente. Señala que le fue notificada la exclusión por el mismo motivo, por lo que pide que si se admite a la asociación recurrente debería ser admitida aquélla.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Existiendo allanamiento sobre uno de los motivos de la exclusión, por razones de utilidad del recurso, examinaremos primero la cuestión por la que resultó excluida y por la que el órgano de contratación no se ha allanado, sobre la obligación de presentar las cuentas anuales depositadas para la asociación recurrente en virtud de la legislación aplicable y los pliegos.

Las partes, cuyas manifestaciones han quedado ya reproducidas en los anteriores fundamentos, en síntesis, se posicionan básicamente desde una perspectiva distinta, a fin de defender su posición en cuanto a la legalidad o no de la exclusión resuelta por el órgano de contratación. Así, por un lado, podemos observar que la asociación recurrente defiende que no existe obligación de estar inscrita en el Registro Mercantil, de cuya argumentación derivarían las demás consecuencias en cuanto a la no exigencia de la inscripción de las cuentas anuales y por lo tanto la imposibilidad de que le sea exigido el depósito. Por otro lado, observamos como el órgano de contratación se aferra a la legalidad y al tenor formal de los pliegos, y con ello al tenor del artículo 139 LCSP.

Con la finalidad de abordar el debate que suscita la legalidad de la exclusión acaecida en el presente procedimiento de contratación, se debe partir de que con carácter general, y de acuerdo con la LCSP, las entidades que deseen contratar con el sector público han de tener la aptitud necesaria para ello; es decir, deben tener plena capacidad de obrar, no estar incursas en alguna prohibición de contratar, y contar con la solvencia económica y financiera y técnica o profesional que se haya exigido en los pliegos que rijan el correspondiente procedimiento de contratación. Así lo determina el artículo 65 de la LCSP:

“Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.

(...)

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”.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, desde el Informe 4/99, de 17 de marzo de 1999, se ha pronunciado sobre los requisitos que, deben reunir este tipo de asociaciones, y, en concreto, analiza los relativos a la personalidad (aunque no se refiere a ella expresamente la ley) y a la capacidad de las mismas. Sobre la personalidad de las asociaciones sin ánimo de lucro, la Junta Consultiva les reconoce personalidad jurídica propia, al amparo de la actual Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (en adelante, LO 1/2002), cuyo artículo 5 establece lo siguiente:

“1. Las asociaciones se constituyen mediante acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular, y se dotan de los Estatutos que rigen el funcionamiento de la asociación.



2. El acuerdo de constitución, que incluirá la aprobación de los Estatutos, habrá de formalizarse mediante acta fundacional, en documento público o privado. Con el otorgamiento del acta adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesidad de su inscripción a los efectos del artículo 10. (...)”

La redacción de dicho precepto no es sino consecuencia de lo dispuesto sobre la personalidad de las asociaciones, como consecuencia de lo establecido en el artículo 35 del Código Civil, en cuya virtud son personas jurídicas *“las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley”*, cuya personalidad comienza *“desde el instante mismo en que con arreglo a derecho hubiesen quedado válidamente constituidas”*.

En consecuencia, para que la asociación alcance la necesaria personalidad jurídica para poder contratar con la Administración deberá haber formalizado el acuerdo de constitución de la asociación, que incluirá la aprobación de los estatutos, mediante acta fundacional, en documento público o privado. Además, la asociación deberá estar inscrita en el correspondiente Registro, a los solos efectos de publicidad (artículo 10 de la LO 1/2002).

No obstante, y a los efectos de poder contratar con la Administración ese requisito de inscripción resulta obligatorio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 84 de la LCSP, que, en su apartado 1, establece lo siguiente: *“La capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acta fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate”*.

En lo atinente a la necesaria capacidad de obrar de la asociación, a efectos de lo dispuesto en la normativa contractual, la Junta Consultiva señala que *“la capacidad de obrar de las personas jurídicas (...) ha de ser puesta en relación con su objeto, pues es indudable que solo pueden realizar y, por tanto, solo tienen capacidad de obrar para actividades comprendidas en su objeto. (...)”*, y concluye que *“la posibilidad de que asociaciones sin ánimo de lucro y sociedades cooperativas puedan acceder a contratos convocados por las Administraciones Públicas depende de su capacidad de obrar y que ésta, a su vez, viene condicionada a la circunstancia de que en los respectivos estatutos se incluya como objeto de la asociación (...) el que lo es del propio contrato, de conformidad con los artículos 15.2 y 198.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y artículo 4.1 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo”*.

En la nueva LCSP se justifica lo dispuesto por la Junta Consultiva en el artículo 66, cuyo apartado primero indica que *“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”*.

En el mismo sentido, el artículo 140.1 a) de la LCSP dispone que *“En relación con la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, se observarán las reglas establecidas a continuación:*

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



*1.º Que la sociedad está válidamente constituida y que conforme a su objeto social puede presentarse a la licitación, así como que el firmante de la declaración ostenta la debida representación para la presentación de la proposición y de aquella.
(...)”*

Por consiguiente, la asociación tendrá capacidad de obrar en un determinado contrato si en sus estatutos aparece entre sus fines alguna actividad que responda al objeto del contrato que se licite por la Administración. De acuerdo con lo expuesto, la asociación puede contratar con la Agencia, si posee personalidad jurídica y capacidad de obrar conforme a lo indicado y reúne los demás requisitos de solvencia previstos en el pliego que regule el correspondiente contrato y no se encuentre incurso en prohibición para contratar.

Realizada esta consideración como premisa, debemos determinar si es exigible el depósito de las cuentas anuales en el presente supuesto, pues pretende eludirse, a pesar de lo dispuesto en los pliegos, dada la naturaleza jurídica de la asociación como tal.

La cuestión necesariamente estriba en determinar si la solvencia exigible en el pliego, tal y como ha resultado redactada, le es inexigible conforme a la legislación, los pliegos y la conducta de la propia entidad recurrente, como ya citábamos anteriormente.

El pliego expresaba en cuanto al medio 1 controvertido, que, para acreditar el volumen anual de negocios de la persona licitadora ello se realizaría *“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 acreditación podrá igualmente realizarse mediante un «certificado de importe neto de la cifra de negocios» expedido por la AEAT.”

Debemos analizar que, si bien el artículo 16 del Código de Comercio no establece la inscripción obligatoria de las asociaciones en general, si en aquellos casos en los que una norma lo determine. En este sentido, la Disposición Adicional Primera apartado 3 del Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y el modelo de plan de actuación de las entidades sin fines lucrativos, respecto de las cuentas anuales consolidadas se establece para las asociaciones declaradas de utilidad pública que:

“3. Las cuentas anuales consolidadas se depositarán en el Registro Mercantil conforme a lo dispuesto en la sección 2ª del capítulo III del título III de su reglamento”.

Es cierto que no existe una obligación legal para una asociación que no consta que esté declarada de utilidad pública. La cuestión estriba en determinar la posibilidad de su inscripción en el Registro Mercantil. Pues bien, de la documental obrante ha quedado probado que la misma se encuentra inscrita en el Registro Mercantil de Zaragoza.

Este Tribunal conoce la doctrina emanada de los antecedentes citados por la propia asociación recurrente, con ocasión de un asunto similar procedió a estimar parcialmente el recurso 37/2021, a través de la resolución 264/2021, de 1 de julio. Cumple advertir que el tenor de la exigencia de la solvencia era distinto pues señalaba el Anexo XV:

“2. La solvencia económica y financiera se acreditará por el medio o 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 equivalente al 40 % del presupuesto de licitación total del contrato (IVA NO INCLUIDO) de los lotes a los que concurra.

El volumen anual de negocios de la persona licitadora se acreditará por medio de sus cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil (o Registro Oficial correspondiente si el empresario estuviera inscrito en dicho registro y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito o, caso de empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil, libros inventarios y cuentas anuales legalizadas por el Registro Mercantil.)

(...)

X 2. El patrimonio neto según el balance correspondiente al último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobar cuentas de las cuentas anuales aprobadas deberá superar el importe mínimo establecido en la legislación mercantil para no incurrir en causa de disolución.

El patrimonio neto de la persona licitadora se acreditará por medio de sus cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil (o Registro Oficial correspondiente si el empresario estuviera inscrito en dicho registro y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito o, caso de empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil, libros inventarios y cuentas anuales legalizadas por el Registro Mercantil).”

Es decir, no se establecía alternativa en el sentido que prevé el artículo 86.1 de la LCSP (que trae causa de la 60 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014), por lo que no responde a las mismas circunstancias que en el presente supuesto, pues el tenor del pliego no es el mismo que entonces.



Es decir, la asociación recurrente no explica por qué tampoco puede proceder a aportar un “*certificado de importe neto de la cifra de negocios expedido por la AEAT*”.

En aquel caso, el PCAP no contemplaba otros documentos que pudieran acreditar dicha solvencia en el caso en el que los operadores económicos por una razón válida no pudieran presentar las referencias establecidas en el PCAP, por lo que basta esta razón para estimar más que justificado que no pueda pretender extrapolar el sentido de aquella resolución al presente supuesto, y estimar en cualquier caso motivado conforme al artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Así, por un lado, el recurso interpuesto no aborda por qué no procede a acreditar la solvencia en cuanto al medio alternativo, y que sí figura en el pliego en dicho anexo.

Por otro lado, en cuanto a la inexistencia de obligatoriedad del depósito de las cuentas, debe señalarse que una cuestión es la falta de obligatoriedad y otra distinta es que quede demostrado, como ocurre en este supuesto es que sí tiene acceso al Registro mercantil.

No puede fundarse en la imposibilidad de su exigencia del depósito de las cuentas, que es lo que la asociación recurrente solicita en su recurso, con el hecho de que pueda ser un modo válido de acreditación, si además existen pruebas fehacientes y reconocimiento de que dicha asociación tiene acceso al Registro mercantil, de tal modo que se confirma como un medio idóneo.

Por ello, en este caso, teniendo algunas cuentas de algunos ejercicios no solo presentadas, sino incluso depositadas, le vincula a dicha asociación, en cuanto a la idoneidad del modo de acreditación. El hecho de que se trata de una entidad sin ánimo de lucro al que no le resulta exigible solo puede ceder en el caso en que se acredita una imposibilidad, o bien porque se ponga de manifiesto que es un modo de acreditación, de acuerdo con el objeto del contrato desproporcionado. En este sentido resulta conveniente aclarar que conforme al artículo 2 de la LCSP, nada tiene que ver el interés lucrativo con la onerosidad de los contratos públicos. El contrato administrativo, no implica necesariamente la existencia de una finalidad de lucro por las partes contratantes, sino solamente su carácter oneroso. La onerosidad del contrato no exige ni tan siquiera la existencia de una contraprestación monetaria, sino que ésta puede ir ligada a cualquier ventaja o contraprestación a favor del contratista, identificada con todo tipo de obligación asumida por el poder adjudicador como contrapartida por la realización de una determinada prestación.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 25 de marzo de 2010, en el asunto C-451/08, Helmut Müller GbmH, expresaba que el concepto de contrato público requiere únicamente que su ejecución conlleve un beneficio económico directo para el poder adjudicador, pero sin que sea necesario acreditar también la existencia de una ventaja económica para el contratista (F.J. 48-53). De este modo, se admiten como contratistas de la Administración Pública no sólo los empresarios mercantiles, sino también entidades que carezcan de finalidad de lucro como las asociaciones u organizaciones no gubernamentales, las fundaciones o las propias administraciones públicas. En este sentido, si no existe diferenciación en el ámbito de la legislación de contratos, a efectos del acceso a los contratos públicos, no debería tampoco en principio existir diferencias para exigir la solvencia a dichas entidades, pues van a existir contraprestaciones de carácter económico, en cualquier caso siempre que no se acredite una imposibilidad de que le pueda ser exigida la inscripción. A ello tienden los requisitos de solvencia, a dar garantías a la Administración pública de que una determinada entidad puede llevar a cabo un contrato.

Ha quedado probado en este caso que la asociación recurrente puede acceder al depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, en el cual se encuentra inscrito a pesar de no tener obligación legal de estar. Los criterios



de solvencia quedaron establecidos en los pliegos los cuales no fueron recurridos. El artículo 74.2 de la LCSP, establece que *“los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.”*

La proporcionalidad de la solvencia es un concepto jurídico indeterminado, por lo que, para conocer la admisibilidad del criterio concreto, es preciso examinar en cada caso si los parámetros establecidos en el pliego son objetivamente admisibles en relación con el objeto del contrato, teniendo en cuenta su complejidad técnica y su dimensión económica, u otras circunstancias, siendo que una exigencia desproporcionada afectaría a la concurrencia empresarial en condiciones de igualdad. Los requisitos de solvencia establecidos por el órgano de contratación no pueden suponer una restricción indebida o desproporcionada de los principios de libre competencia e igualdad entre licitadores, con un impacto potencialmente negativo en la eficiente utilización de los fondos públicos en un marco de estabilidad presupuestaria y control del gasto. El principio de proporcionalidad requiere, en definitiva, que toda limitación de los derechos, de quienes están llamados a concurrir a una licitación pública, tienda a la consecución de fines legítimos, y sea cualitativa y cuantitativamente adecuada.

Es decir, no establecía otros medios distintos para otro tipo de entidades, y esto resultó aceptado por la asociación licitadora cuando presentó su propuesta, es decir, en ningún momento cuestionó que su aplicación a la misma resultara desorbitada, o desproporcionada, de hecho, ha presentado el depósito de las cuentas de un ejercicio. En este punto se ha de recordar que conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LCSP, las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna. Sobre esta cuestión, procede invocar la doctrina sobre la *lex contractus*, siendo la regla general que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de *“pacta sunt servanda”* y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente ha de estar ahora al contenido de los mismos, en este supuesto, al contenido de las especificaciones técnicas establecidas (v. gr. Resoluciones de este Tribunal 103/2017, de 19 de mayo y 121/2017, de 9 de junio, entre otras muchas, así como la Resolución 460/2017, de 26 de mayo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

En definitiva, este Tribunal concluye que procede la desestimación de este primer motivo de recurso.

La desestimación de este primer motivo de recurso, hace innecesario el conocimiento del otro motivo del recurso, en donde existe un allanamiento además del órgano de contratación, y ello dado que como reiteradamente ha tenido ocasión de señalar este Tribunal, el incumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos no admite graduación en cuanto al número de ellos; el hecho de que una empresa licitadora no observe una exigencia del pliego es, en principio, motivo suficiente para la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación, no siendo por tanto ni tan siquiera necesario que se produzcan dos, tres o más incumplimientos. En este sentido se ha expresado este Tribunal, entre otras muchas, en sus Resoluciones 200/2016, de 9 de septiembre, 36/2017, de 15 de febrero, 35/2018, de 8 de febrero, 23/2020, de 30 de enero, 424/2021, de 28 de octubre, 577/2021, de 23 de diciembre y 411/2022 de 4 de agosto.

Ha de tenerse en cuenta que desestimada la primera de las pretensiones de la recurrente su oferta se encuentra excluida del procedimiento de adjudicación. En tal sentido es doctrina reiterada de este Tribunal que la legitimación en el recurso especial exige un interés legítimo, sin que resulte suficiente el ejercicio de un mero interés en defensa de la legalidad. Prueba de ello es la redacción del vigente artículo 48 de la LCSP precepto que,



si bien amplía la legitimación para el recurso especial respecto a la redacción anterior del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sigue refiriéndose a los derechos e intereses legítimos que se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. En este orden de cosas, la doctrina del Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos acogen la del Supremo. Así, nuestra Resolución 71/2021, de 4 de marzo, señalaba lo siguiente:

«Sobre la legitimación para la interposición del recurso especial existe una amplia y consolidada doctrina en este Tribunal basada, a su vez, en la del Tribunal Supremo sobre la exigencia de un interés legítimo. Así, en numerosas resoluciones (entre otras muchas, las 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 226/2019, de 9 de julio, 17/2020, de 28 de enero y 172/2020, de 1 de junio) hemos analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. En ellas se señala, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

A la luz de lo expuesto, la desestimación del primero de los motivos de recurso deja inalterables la exclusión de la entidad recurrente, lo que provoca la pérdida sobrevenida de la legitimación de la recurrente.

Procede, pues, desestimar el recurso dado que este Órgano no ha detectado infracción en la actuación de la mesa de contratación con relación a la exclusión de la oferta de la recurrente por los motivos manifestados.

Por último y en cuanto a la alegación planteada por la entidad interesada, debe manifestarse que la pretensión excede del ámbito propio de las alegaciones. En tal sentido ha de señalarse que en el trámite de alegaciones en el recurso especial solo cabe la oposición al mismo, no siendo una suerte de reconvencción que permita tramitar en un mismo procedimiento pretensiones distintas de las formuladas por la recurrente (v.g. Resoluciones de este Tribunal 164/2022, de 11 de marzo, 68/2022, de 28 de enero, 381/2019, de 14 de noviembre, 6/2018, de 12 de enero y 108/2018, de 17 de abril, entre otras, y Resolución 807/2017, de 22 de septiembre, entre otras, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otros órganos de resolución de procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual).

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

El órgano de contratación solicita la imposición de multa por apreciar temeridad en el uso indebido de la figura del recurso especial por parte del licitador. En concreto argumenta que en la interposición del recurso *«ha quedado acreditada no sólo la inconsistencia de las fundamentaciones de la recurrente, sino también la falta de rigor y el uso abusivo de la vía del recurso cuando incluso solicita la suspensión con tan limitados fundamentos. Actúa la recurrente con plena conciencia de su falta de razón procesal (...).»*

Sobre el particular, 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».* En este sentido señala la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional:

“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 este supuesto, el Tribunal tras el análisis del contenido del presente recurso, ha constatado que no resulta suficiente para considerar temeraria o incurso en mala fe la conducta de la recurrente al formalizar la impugnación, dado que no se aprecia que el recurso en su globalidad adolezca de una falta clara de viabilidad jurídica en los términos analizados, ni que ello suponga un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación, ni por tanto que el mismo se haya interpuesto con temeridad manifiesta. Además, se allana a una de las pretensiones del recurso, reconociéndose su error.

Por consiguiente, el Tribunal no aprecia temeridad ni mala fe determinantes de la imposición de multa.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN INTERVENCIÓN SOCIAL OS ZAGALES** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 6 de mayo de 2024, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicios complementarios en escuelas infantiles dependientes de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional de la Junta de Andalucía» Expte. (00024/ISE/2024/SC), con relación al lote 9 y 10 convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, entidad adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación respecto de los lotes 9 y 10, adoptada por este Tribunal mediante Resolución MC. 62/2024, de 31 de mayo.

TERCERO. 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.

