

Recurso 547/2023
Resolución 587/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 7 de diciembre de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE DIPHYLLOM IMAGEN DIGITAL SLL, ALYCA LEARNING SOCIEDAD LIMITADA** contra la resolución, de 24 de octubre de 2023, del órgano de contratación por la que se declara desierto el procedimiento de licitación, respecto al lote 15, del contrato de servicios denominado «Servicios para la impartición de acciones formativas específicas de Formación Profesional para el empleo, dirigidas a personas desempleadas (EMPRENDE CON FORMACIÓN DESEMPLEADOS). Modalidad Presencial» (Expte. CONTR 2021 0000785630), promovido por la Secretaría General Técnica de la entonces Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 de noviembre de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y el 24 de noviembre de 2021 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. El valor estimado del contrato asciende a 3.996.720 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

Mediante resolución, de 24 de octubre de 2023, el órgano de contratación declara desierto el lote 15 del contrato citado en el encabezamiento.

SEGUNDO. El 17 de noviembre de 2023 tuvo entrada en el registro del Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE recurrente contra la citada resolución de declaración de desierto del lote 15, dado que además se la excluía de la licitación tras haberle sido requerida a efectos de aportar la documentación ex art. 150.2 LCSP.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 20 de noviembre de 2023 se solicita al órgano de contratación que aporte el informe sobre el recurso, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 23 de noviembre de 2023.

Posteriormente, el 24 de noviembre de 2023, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

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

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la UTE recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación de referencia, respecto del lote 15, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la declaración de desierto 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 Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

En este sentido, aun cuando el acto impugnado es la resolución declarando desierta la licitación al lote 15, al tratarse de un acto finalizador del procedimiento de adjudicación es equiparable, a efectos del recurso especial, a la adjudicación. Así se viene pronunciando de modo reiterado y constante este Tribunal (v.g. Resoluciones 187/2017, de 26 de septiembre, 49/2018, de 23 de febrero, 35/2019, de 14 de febrero, 530/2021, de 3 de diciembre y 191/2022, de 18 de marzo, entre otras muchas) y el resto de órganos de revisión de decisiones en materia contractual.

Aunque formalmente el recurso se interpone contra la resolución declarando desierta la licitación respecto del lote 15, sustantivamente se impugna la exclusión de la oferta de la UTE ahora recurrente.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación que obra en el procedimiento del recurso, la resolución de declaración de desierto de 24 de octubre de 2023 fue publicada en el perfil de contratante el 26 de octubre de 2023, siendo notificada según indica la recurrente el 27 de octubre de 2023, sin que conste en el expediente, que la misma haya sido remitida y notificada efectivamente a UTE recurrente, por lo que aun computando desde su publicación en el perfil, el recurso presentado el 17 de



noviembre de 2023 en el registro del Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 g) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. De las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento relativas al rechazo de la oferta de la UTE ahora recurrente, inicialmente propuesta como adjudicataria.

La resolución de declaración de desierto del lote 15, respecto de la oferta al citado lote de la UTE ahora recurrente resulta excluida sobre la base de la propuesta de exclusión acordada el 24 de noviembre de 2022, en la sesión 10ª de la mesa de contratación que tenía por objeto el análisis de la documentación previa a la adjudicación correspondiente a los lotes 1, 8, 13, 16, 19, 22, 23, 25, 27, 28 y 31; y asimismo vista y estudio de la documentación presentada para subsanar documentación previa correspondiente a los lotes 3, 5, 6, 7, 9, 10, 14, 15, 17, 18, 20, 21, 26 y 32.

Previamente en la sesión 8ª de la mesa de contratación celebrada el día 28 de septiembre de 2022, se acuerda con relación al lote 15 en cuanto al examen de la documentación previa a la contratación (150.2 LCSP), respecto a la UTE recurrente que:

“En relación con los documentos acreditativos de la representación (Cláusula 10.7.2.b del PCAP) o alternativamente Registro de Licitadores:

- *Las personas que comparezcan o firmen proposiciones en nombre de otra presentarán poder de representación.*
- *El citado poder será bastantado por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía en el caso de que le corresponda a este Centro Directivo el asesoramiento jurídico del órgano de contratación respectivo, o por la Asesoría Jurídica de éste que le corresponda, lo que se indicará en el Anexo I.*
- *Si la persona licitadora fuera persona jurídica, el poder general deberá figurar inscrito, en su caso, en el Registro Mercantil. Si se trata de un poder especial para un acto concreto no será necesario el requisito de su previa inscripción en el Registro Mercantil.*

La entidad FORMA-SUR SERVICIOS INTEGRALES, S.L. deberá presentar justificación de la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de constitución de sociedad limitada, con número de protocolo 353, que ha sido bastantada por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía con fecha 27/11/2020.

En relación con los documentos que acreditan la habilitación profesional (Cláusula 6.1 del PCAP y apartado 7 del Anexo I del PCAP). Las Entidades de Formación que presenten ofertas en la presente licitación deberán estar inscritas, de conformidad con los artículos 2.1 b) y c) 15.3 de la Orden TMS/369/2019 de 28 de marzo, para la impartición de las especialidades formativas integrantes de los programas formativos no conducentes objeto del presente contrato.

La entidad FORMA-SUR SERVICIOS INTEGRALES, S.L. deberá presentar certificado de inscripción en alguna de las especialidades formativas no conducentes a certificados de profesionalidad exigidas, de conformidad con lo establecido en el PCAP “(...) En ningún caso podrá formar parte de la UTE una entidad que no cuente al momento de la presentación de la oferta con alguna de las acreditaciones y/o inscripciones exigidas en el lote, aunque no necesariamente en la provincia en la que se licita, constituyendo causa de exclusión de la licitación.”

En cuanto a los documentos que acreditan la solvencia económica y financiera (Cláusula 10.7.2.c y Anexo XIV del PCAP) o alternativamente Registro de Licitadores:

La entidad licitadora deberá presentar el depósito de las cuentas anuales en Registro Mercantil conforme a lo establecido en el Anexo XIV del PCAP que se detalla a continuación:



*“Criterios de selección relativos a la solvencia económica y financiera del empresario (por lote o, en su caso, conjunto de lotes). La solvencia económica y financiera se acreditará por el medio o los medios que se señalan a continuación:
ALTERNATIVAMENTE*

• Volumen anual de negocios de la persona licitadora o candidata, 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 de 44.400,00 €. 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 el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

Así para lotes de presupuesto base de licitación igual o inferior a 100.000 euros la solvencia económica se ha estimado que sea igual al 50 % del importe del presupuesto base de licitación.

Para lotes de presupuesto base de licitación superior a 100.000 euros, pero igual o inferior a 500.000 euros, la solvencia económica se ha estimado que sea igual al 35 % del importe del presupuesto base de licitación.

Finalmente, para lotes con presupuesto base de licitación por encima de 500.000 euros, se opta por que la solvencia económica requerida a la entidad licitadora sea igual al 25 % de dicho presupuesto.

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 el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Lo empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditaran su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

• El patrimonio neto según el balance correspondiente al último ejercicio económico de las cuentas anuales aprobadas deberá superar el 20 por 100 del importe del contrato. El patrimonio neto de la persona licitadora se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas correspondientes al último ejercicio para el que este 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”.

Analizada la documentación, se concluye que el depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio 2019 han sido presentadas por las entidades DIPHYLON IMAGEN DIGITAL, S.LL., ALYCA LEARNING SOCIEDAD LIMITADA en el Registro Mercantil, pero no se acompañan las cuentas propiamente dichas, por lo que no es posible determinar el volumen anual de negocios, y en consecuencia determinar si dispone de solvencia económica y financiera suficiente, conforme a lo establecido en el PCAP. Asimismo, la entidad FORMA-SUR SERVICIOS INTEGRALES, S.L. acompaña certificado de aprobación de cuentas del ejercicio 2020 por el Registro Mercantil, pero no justifica la presentación ni el depósito de las cuentas en dicho Registro.

En la sesión 10^a de la mesa de contratación citada, que, entre otras cuestiones tenía por objeto el análisis de la documentación previa a la contratación de algunos lotes así como la vista y estudio de la documentación presentada para subsanar documentación previa correspondiente entre otros lotes, del lote 15, se proponía la



exclusión, puesto que en el trámite del artículo 150.2 LCSP y en relación «con los documentos que acreditan la habilitación profesional (Cláusula 6.1 del PCAP y apartado 7 del Anexo I del PCAP):

Las Entidades de Formación que presenten ofertas en la presente licitación deberán estar inscritas, de conformidad con los artículos 2.1 b) y c) 15.3 de la Orden TMS/369/2019 de 28 de marzo, para la impartición de las especialidades formativas integrantes de los programas formativos no conducentes objeto del presente contrato.

La entidad FORMA-SUR SERVICIOS INTEGRALES, S.L. no presenta certificado de inscripción en alguna de las especialidades formativas no conducentes a certificados de profesionalidad exigidas, de conformidad con lo establecido en el PCAP "(...) En ningún caso podrá formar parte de la UTE una entidad que no cuente al momento de la presentación de la oferta con alguna de las acreditaciones y/o inscripciones exigidas en el lote, aunque no necesariamente en la provincia en la que se licita, constituyendo causa de exclusión de la licitación.»

La notificación de la resolución de declaración de desierto del lote 15 remitida al licitador contiene una errata, así reconocido por el órgano de contratación, pues señala que «se repite “La Mesa de Contratación” y no se reproducen en dicha notificación los motivos exactos que justifican que se la excluyera. Sin embargo, no se puede negar que haya habido justificación y que la tenga plenamente disponible. El motivo es que la notificación se remite, justificación in aliunde, a las actas donde se contiene la valoración efectuada por la Mesa. Dichas actas han sido debidamente publicadas en el perfil del contratante, por lo que están al alcance del licitador».

SEXTO. 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. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de 24 de octubre de 2023 del órgano de contratación, por la que se declara desierto la licitación respecto al lote 15, en la que se contiene de forma implícita la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, solicitando a este Tribunal que la estimación del mismo acuerde la admisión de su proposición.

Señala en su escrito de recurso especial, reproduciendo el contenido de la notificación recibida, que “a efectos de su notificación, se le comunica que con fecha 24 de octubre de 2023 ha sido emitida Resolución de la Secretaría General Técnica por la que se declara desierto el lote 15 de la licitación del contrato objeto del expediente de referencia. La Mesa de Contratación, los días 24, 28 y 29 de noviembre de 2022, la Mesa de Contratación en décima sesión, acuerda proponer al Órgano de Contratación la exclusión del licitador UTE DIPTYLOM IMAGEN DIGITAL S.L.L., ALYCA LEARNING SOCIEDAD LIMITADA por el motivo siguiente:

“Esta entidad licitadora no subsana la documentación previa a la adjudicación del contrato.”

Expresa que “como representante de la UTE DIPTYLOM IMAGEN DIGITALS.L.L., ALYCA LEARNING SOCIEDAD LIMITADA, que el expediente sea revisado. ya que el 7 de noviembre de 2022, se presentó dicha documentación que requerían para su subsanación por la aplicación SIREC, adjunto justificante de dicha presentación. Y además queremos saber porque se nos ha excluido de dicha licitación, si se presentó la documentación que requerían.”

2. Alegaciones del órgano de contratación.



El informe del órgano de contratación al recurso relaciona los hechos más relevantes acaecidos en la licitación respecto del lote 15, y justifica su oposición al recurso señalando que:

- a) Que *“la posibilidad de acudir a otros documentos del expediente para justificar las decisiones de la mesa o del órgano de contratación ha sido reconocida por la jurisprudencia y por la doctrina de los diferentes tribunales administrativos”*.
- b) Si bien no hay expresa referencia al acuerdo por el que se declara desierto el lote nº15, expresan que *“entendemos que la mera comprobación de las actas referidas es una diligencia exigible para comprobar el desarrollo de los motivos de su exclusión”*.
- c) Alude a criterios doctrinales a efectos de determinar cuándo se produce indefensión en un procedimiento de contratación.

SÉPTIMO. Fondo del recurso. Consideraciones del Tribunal.

De lo expuesto anteriormente, interesa comenzar señalando que el artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (en adelante, “LPAC”), expresa:

“La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”.

Se trata de determinar si puede considerarse que la mera publicación del acta en la plataforma de contratación puede suplir sin más la necesidad de la motivación de la exclusión de la entidad recurrente.

Sobre esta forma de motivación, conocida con el aforismo *“in aliunde”*, el Tribunal Supremo (TS) la considera válida, así cabe citar la Sentencia de 11 de febrero de 2011 (recurso núm. 161/2009), la cual expone que, siguiendo con las exigencias propias de la motivación, ésta puede contenerse en el propio acto, o bien puede realizarse por referencia a informes o dictámenes, ex artículo 88. 6 de la LPAC (antiguo 89.5 Ley 30/1992), cuando se incorporen al texto de la misma. Ahora bien, esta exigencia de la incorporación de los informes, contenida en el mentado artículo 88.6 "in fine", ha sido matizada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo -Sentencias de 21 de noviembre de 2005, 12 de julio de 2004, 7 de julio de 2003, 16 de abril de 2001, 14 de marzo de 2000 y 31 de julio de 1990- en el sentido de considerar que solo si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo antes de la formalización del recurso, la motivación mediante esta técnica "in aliunde " satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración.

Expuesto lo anterior, esta necesidad de motivación debe ponerse en relación con el sentido expuesto, de la doctrina sobre la indefensión material. En este sentido, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre en el Recurso de amparo 3646/1995), que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

En el presente supuesto no cabe duda de que la entidad recurrente no tiene obligación de conocer donde se encuentra la motivación de su exclusión, dado que si bien las actas necesariamente como contenido obligatorio ha de publicarse en el perfil del contratante de acuerdo con lo establecido en el apartado 3 del artículo 63 de la LCSP, no puede presuponerse ni la publicación ni el contenido de las mismas si no se incorporan en la resolución



que pretenda motivar in aliunde, resultando inverosímil para este Tribunal que en dicho informe al recurso especial además se estime que no se le ha podido producir cierta indefensión a los efectos de conocer el motivo de la exclusión, y en su caso, poder articular el correspondiente recurso especial.

Concluimos señalando, respecto de la consideración que hace el órgano de contratación de que la motivación está en el acta, que conviene recordar que ésta se encuentra, ahora, a disposición de la recurrente sin lugar a dudas, es decir, solo después de haber podido interponer recurso. El comportamiento del órgano de contratación ha sido decisivo para la producción de la indefensión, pues su falta de referenciación en la declaración de desierto ha sido el causante de haber podido privar a la recurrente del conocimiento de los elementos necesarios para configurar un recurso o reclamación eficaz. Dicho esto, debe estimarse el recurso por este motivo, al considerar que la resolución de declaración de desierto no está, si quiera in aliunde, debida y suficientemente motivada.

OCTAVO. Efectos de la estimación del recurso.

En cuanto a los efectos de la estimación del recurso por la ausencia de motivación, supone además que de la nulidad declarada se deba dar el efecto de la retroacción del procedimiento, para que con la notificación de la resolución de desierto conforme a la D.A. 15ª LCSP, se entregue a la entidad recurrente la motivación adecuada. Esta motivación se debe dar bien mediante una nueva resolución de declaración de desierto, debidamente motivada y notificada, o bien notificando una nueva resolución referenciando los informes concretos en los que se encuentre la motivación técnica y jurídica que sustenta la decisión, pero sin que le sea posible al órgano de contratación construir nuevos argumentos que no estén ya en el expediente remitido.

En este sentido, son numerosas las resoluciones de los Tribunales Administrativos que estiman el recurso especial en los casos de falta o insuficiencia de motivación, ordenando la retroacción del procedimiento a los efectos de su correcta notificación. Así pueden verse las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales números 665, 723, 871, 929 y 934/2021. La Resolución de dicho Órgano núm. 871/2021 estimó el recurso especial por falta de motivación, ordenando la retroacción del procedimiento a fin de que se produjera una nueva notificación de la adecuada y suficiente motivación:

«Al no haber tenido acceso la mercantil recurrente a toda la información utilizada por el órgano de contratación para motivar la adjudicación, no ha podido combatirla con todo detalle, por lo que cabe apreciar la indefensión alegada y procede la estimación del recurso para que le sean notificadas motivadamente a la recurrente las razones por las que su oferta ha sido rechazada, de manera que pueda interponer nuevamente recurso especial suficientemente fundado, si así lo considera, sin que pueda procederse a la formalización del contrato en el lote afectado hasta la resolución del nuevo recurso que pueda interponerse o hasta que transcurra el plazo establecido para su interposición sin que se hubiera ejercitado esta facultad».

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **UTE DIPHYLOM IMAGEN DIGITAL SLL, ALYCA LEARNING SOCIEDAD LIMITADA** contra la resolución, de 24 de octubre de 2023, del órgano de contratación por la que se declara desierto el procedimiento de licitación, respecto al lote 15, del contrato de servicios denominado «Servicios para la impartición de acciones formativas específicas de



Formación Profesional para el empleo, dirigidas a personas Desempleadas (EMPRENDE CON FORMACIÓN DESEMPLEADOS). Modalidad Presencial» (Expte. CONTR 2021 0000785630), promovido por la Secretaría General Técnica de la entonces Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo, y en consecuencia, anular el acto impugnado, con retroacción de las actuaciones al momento anterior al mismo de su dictado, a fin de que se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho octavo de la presente resolución.

SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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

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

