

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 11 de febrero de 2021.

VISTO el escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación presentado por la representación de Salud Comunitaria Procc S.C., contra el acuerdo de exclusión del Lote 2 “Escuela de madres y padres, con servicio de guardería” del contrato de “Servicios de actividades complementarias a la educación en los centros educativos del distrito de Puente de Vallecas (2 lotes)”, expediente número 300/2019/01068 del Ayuntamiento de Madrid, *adoptado por* la mesa de contratación el 19 de octubre de 2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria para la licitación del contrato de referencia, se publicó en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación, todos ellos evaluables en cifras o porcentajes. El valor estimado total del contrato asciende a 1.052.779,80 euros, correspondiendo 38.160 euros al Lote 2, con un plazo de ejecución de 2 años, prorrogable por igual periodo.

Segundo.- A la convocatoria del Lote 2 del contrato han concurrido siete licitadores, entre ellos la recurrente.

Con fecha 19 de octubre de 2020, la mesa de contratación acuerda la exclusión de dos licitadores, entre ellos Salud Comunitaria Procc S.C. (en adelante PROCC), por el incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 16 del Anexo I del Pliego Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), respecto a la presentación del certificado de exención de IVA expedido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT). La exclusión se notifica el 20 de noviembre de 2020.

Tercero.- Con fecha 14 de diciembre de 2020, se ha recibido en este Tribunal escrito de interposición de recurso especial de la representación de PROCC solicitando la nulidad del acuerdo adoptado por no ser ajustado a Derecho, dado que ha acreditado la exención de IVA de las actividades para las cuales licitaba, no existiendo, por tanto incumplimiento de lo dispuesto por el apartado 16 del Anexo I del PCAP, subsidiariamente solicita que el acuerdo de exclusión sea declarado anulable, por haberse dictado sin cumplir con los requisitos legales y causando indefensión, al no haberla requerido para subsanar o corregir la documentación aportada, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento correspondiente para otorgar posibilidad de subsanación. Asimismo solicita la suspensión de la licitación en tanto se sustancia el recurso, dado que la continuación en la ejecución del expediente de contratación le causaría un grave perjuicio, imposible de reparar.

Cuarto.- EL 20 de enero de 2021, este Tribunal recibió del órgano de contratación extracto del expediente de contratación acompañado del informe preceptivo establecido en el artículo 56.2 de 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).

El Ayuntamiento informa que adjudicó el Lote 2 del contrato de servicios el 14

de diciembre de 2020, a Fundación Meridional, a propuesta de la mesa de contratación de 26 de noviembre de 2020, y alega que la exclusión fue conforme a derecho en base a los argumentos que se recogen en los fundamentos de derecho.

Quinto.- Por la Secretaría de este Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), por un plazo de cinco días hábiles, para que formule las alegaciones y aporte los documentos que considere oportuno, sin que transcurrido el plazo concedido se hayan recibido alegaciones al recurso presentado.

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación del Lote 2 se encuentra suspendida cautelarmente por acuerdo de 12 de enero de 2021, de este Tribunal hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente su levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- PROCC impugna su exclusión del procedimiento de contratación estando legitimada para recurrir por tratarse de una empresa licitadora al contrato, cuya proposición podría llegar a ser adjudicataria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP que establece: *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del*

recurso”.

Asimismo, se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- La interposición del recurso se ha producido en tiempo y forma dado que se presentó el 14 de diciembre de 2020, ante este Tribunal, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1 de la LCSP, al haberse notificado al recurrente el 20 de noviembre de 2020, el acuerdo adoptado el 19 de octubre.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra el acuerdo de exclusión de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- Resulta de interés para la resolución del presente recurso lo dispuesto en el apartado 16 del Anexo I del Lote 2 del pliego de cláusulas administrativas particulares que regula las características específicas del lote:

“16.- Criterios de adjudicación. (Cláusulas 17, 19 y 25).

(...). Las empresas deberán indicar en su oferta, como partida independiente, el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). En la valoración de las ofertas se tomarán todas las cantidades sin incluir el IVA. En caso de que el licitador esté exento de IVA deberá presentar, junto con su oferta económica, el oportuno certificado acreditativo expedido por la Delegación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en el pago del IVA”.

La recurrente manifiesta que aportó, junto con su oferta, certificación de la AEAT, en el que queda acreditado que la actividad en la que se encuentra dada de alta es la correspondiente al epígrafe 933.9 del Impuesto de Actividades Económicas, y que se corresponde con otras actividades de enseñanza.

Asimismo, alega que la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, en su artículo 20, establece que “estarán exentas del IVA las actividades formativas de

educación de la infancia y de la juventud, la guarda y custodia de niños, la enseñanza escolar, universitaria y de posgraduados, la enseñanza de idiomas y la formación y reciclaje profesional”. La actividad de esta entidad, es claramente formativa, conforme se ha acreditado de su inscripción censal, siendo por tanto una actividad exenta de IVA. Desde el 1 de enero de 2013, y en virtud de una modificación realizada en la Ley 37/1992 por la Ley 17/2012 de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 2013, el reconocimiento de la exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido, resulta automático, no siendo necesario solicitar autorización.

PROCC añade que no es una entidad exenta de IVA, sino que la actividad que desarrolla es la que cuenta con esa exención de IVA. Es por ello que no puede aportar un certificado de la AEAT, reconociendo a esta entidad como exenta de IVA, dado que lo que se encuentra exento de citado impuesto es la actividad que desarrolla; y sobre dicha actividad sí ha podido acreditar la exención de IVA. Por ello considera que su exclusión de la licitación no resulta conforme a Derecho, al haber acreditado la exención de IVA, sobre la actividad objeto del contrato sujeto a licitación.

Por último considera que el acuerdo de exclusión vulnera lo dispuesto en los artículos 140 y 141 de la LCSP, pues si el certificado aportado no se considera adecuado por la Mesa, debiera habersele requerido para subsanar y aclarar o corregir la situación, el no hacerlo vulnera el procedimiento legalmente establecido, provocando a esta entidad una clara situación de indefensión.

Por su parte el órgano de contratación informa que la mesa de contratación del Distrito de Puente de Vallecas acordó la exclusión de la recurrente del procedimiento de contratación pues la no presentación de un certificado de exención de IVA, explícitamente exigido en el apartado 16 del Anexo I del PCAP, *“no puede considerarse como un error subsanable y sí como el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la presentación de la proposición, al que están sujetos de igual manera todos los candidatos”*. Se consideró, asimismo, que formular un

requerimiento de subsanación respecto de la oferta presentada vulneraría el principio de igualdad de trato respecto de los demás licitadores que sí han actuado con la debida diligencia en la lectura y cumplimiento de las cláusulas de los pliegos por los que se rige la licitación.

Respecto a lo manifestado por la recurrente señala que en ninguno de los sobres presentados ha incluido el certificado que acredite que la actividad se encuentra exenta de IVA, tan solo indica en su oferta que *“se compromete a tomar a su cargo la ejecución de las mismas, con estricta sujeción a los expresados requisitos, condiciones y obligaciones, por un precio de 17.172,00 Euros, al que corresponde por IVA la cuantía de 0 euros, totalizándose la oferta en 16.981,20 Euros”*, por lo que formula una declaración de la exención de IVA para la ejecución de la prestación, pero no la acredita con ningún tipo de certificado.

Asimismo, en cuanto a la alegación de la recurrente de no ser necesaria la acreditación de la exención del pago del IVA por la actividad, el Ayuntamiento cita la regulación de las operaciones exentas recogida en el artículo 20, apartado 9º, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, que regula el Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA), y el artículo 7 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido (RIVA), aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, y diversas sentencias del Tribunal de Justicia de las Unión Europea, al ser el citado artículo 20 la transposición al ordenamiento jurídico interno del artículo 132 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2006 relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido.

En este sentido alega que *“De conformidad con lo expuesto, la enseñanza exenta es aquella actividad que supone la transmisión de conocimientos y de competencias entre un profesor y los estudiantes, acompañada, además, de un conjunto de otros elementos que incluyen los correspondientes a las relaciones que se establecen entre profesores y estudiantes y los que componen el marco organizativo del centro en el que se imparte la formación, siempre y cuando dichas actividades no revistan un carácter meramente recreativo.*

5.- *En consecuencia, con todo lo anterior, la exención prevista en el artículo 20, apartado uno, número 9º, está supeditada al cumplimiento de dos requisitos:*

a) Un requisito subjetivo, es decir, que las citadas actividades sean realizadas por entidades de Derecho público o entidades privadas autorizadas para el ejercicio de dichas actividades.

La referencia a las entidades privadas autorizadas previsto en el artículo 20, apartado uno, número 9º de la Ley 37/1992, debe interpretarse, vista la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, en atención a la clase o naturaleza de las actividades desarrolladas por la entidad privada autorizada o centro de enseñanza en cuestión, de forma que dicho centro se considerará autorizado o reconocido, a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, cuando sus actividades sean única o principalmente enseñanzas incluidas en algún plan de estudios que haya sido objeto del mencionado reconocimiento o autorización, bien sea por la legislación de la propia Comunidad o por la del Estado que resulte aplicable.

b) Un requisito objetivo. Como ha señalado el Tribunal de Justicia, la enseñanza es aquella actividad que supone la transmisión de conocimientos y de competencias entre un profesor y los estudiantes, acompañada, además, de un conjunto de otros elementos que incluyen los correspondientes a las relaciones que se establecen entre profesores y estudiantes y los que componen el marco organizativo del centro en el que se imparte la formación, siempre y cuando dichas actividades no revistan un carácter meramente recreativo.

La exención no será aplicable a los servicios de enseñanza que versen sobre materias no incluidas en alguno de los planes de estudios de cualquiera de los niveles o grados del sistema educativo español.

La competencia para determinar si las materias que son objeto de enseñanza por un determinado centro educativo se encuentran o no incluidas en algún plan de estudios del sistema educativo a efectos de la aplicación de la mencionada exención y teniendo en cuenta a tal fin los criterios anteriormente expuestos, corresponde al Ministerio de Educación, y Formación Profesional o a la Comunidad Autónoma correspondiente”.

Este Tribunal, a la vista del expediente de contratación y de las alegaciones formuladas por las partes, comprueba que si bien es clara la obligatoriedad de que el licitador que esté exento de IVA presente junto con su oferta económica el certificado acreditativo expedido por la Delegación de la AEAT, por recogerlo así el PCAP en el apartado 16 del Anexo I del Lote 2, y que el recurrente no ha cumplido con la obligación de presentar el certificado requerido, también es cierto que el PCAP no establece en su clausulado que no aportar el citado certificado conlleve la exclusión del procedimiento, ni por supuesto determina que el servicio se deba contratar con empresas exentas de IVA, lo que sería contrario a lo dispuesto en el artículo 132.1 de la LCSP, que expresamente prevé que *“En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta”*.

La no presentación del certificado en la proposición no puede conllevar la exclusión del procedimiento al no estar expresamente prevista esta posibilidad en la Ley ni en el PCAP, siendo subsanable su aportación. Además la omisión del certificado no es determinante de la oferta económica presentada ni influye de ninguna manera en la evaluación de los criterios de adjudicación, pues como expresamente prevé el PCAP siguiendo la normativa de contratación *“En la valoración de las ofertas se tomaran todas las cantidades sin incluir el IVA”*, por lo que ello la no inclusión del certificado en los sobres de la proposición, en el presente caso, no puede suponer directamente la exclusión de la empresa licitadora. Por tanto, aunque sea obligatoria su inclusión en la proposición y esté justificada la necesidad de su aportación en este momento procedimental, no se puede rechazar una oferta por una cuestión formal de aportación de un documento, sin dar la opción al licitador de subsanar la omisión de la presentación de la documentación requerida, debido a un error sin transcendencia sustancial al no resultar afectada la oferta presentada ni su valoración y clasificación.

Por tanto, este Tribunal considera que de conformidad con lo dispuesto en el apartado 16 del Anexo I del Lote 2 del PCAP los licitadores han de presentar

obligatoriamente el certificado de la AEAT si están exentos del pago del IVA, ahora bien, de no haberse aportado el órgano de contratación, deberá conceder plazo de subsanación del defecto observado en la presentación de la documentación con carácter previo a acordar la exclusión. Como ha mantenido este Tribunal en numerosas resoluciones se ha de admitir la subsanación de la documentación en la fase de adjudicación del contrato y no solo en la fase previa a la apertura de ofertas económicas. Asimismo, el TJUE en el Asunto C- 309/2018, mantiene que no cabe acordar, sin previo trámite de subsanación, la exclusión de un licitador, si tal posibilidad no se recoge de forma expresa en la ley o en los pliegos.

Como dictamina la doctrina y la jurisprudencia una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que establece la normativa contractual. Asimismo, la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para la Administración y los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que son subsanables sin dificultad, siempre que no se modifique la oferta presentada. Por ello, es criterio unánime la posibilidad de subsanar defectos en la documentación presentada por los licitadores acreditativa del cumplimiento de los requisitos, determinando que la calificación de la documentación mira a excluir las proposiciones de los empresarios que no cumplan con los requisitos esenciales e indispensables previstos en la ley y los incluidos en los correspondientes pliegos, exclusión que en todo caso, debe responder a criterios objetivos y no a un rigorismo formalista.

En el mismo sentido, el Informe 2/2012, de 22 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid concluye, *“La posibilidad de subsanación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que ha de acompañar a las proposiciones procede tanto para el supuesto de que no se aporte la documentación requerida como para el caso de que la presentada adolezca de defecto, y ha de concederse por igual a todos los*

licitadores, en cumplimiento de los principios de no discriminación e igualdad de trato establecidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP (actualmente artículos 1 y 132 de la LCSP)”.

Este Tribunal constata que no se ha concedido plazo de subsanación a la documentación presentada y que, siendo admisible, procede que se conceda plazo para subsanación por la Mesa de contratación, puesto que el certificado de la AEAT no afecta ni modifica la oferta económica presentada ni atañe a la evaluación de las ofertas, dado que no incide en la evaluación de los criterios de adjudicación.

Por lo expuesto este Tribunal considera que se ha de estimar el recurso presentado por PROCC, teniendo en consideración que se ha producido una omisión en la presentación de la documentación por parte de la recurrente, de la que no se puede derivar una automática exclusión sin conceder plazo de subsanación, por lo que debe admitirse la proposición de la recurrente, con anulación de la adjudicación y retroacción de las actuaciones a los efectos de conceder plazo de subsanación para la presentación del certificado de referencia.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Centro Salud Comunitaria Procc S.C., contra el acuerdo de exclusión del Lote 2 “Escuela de madres y padres, con servicio de guardería” del contrato de “Servicios de actividades complementarias a la educación en los centros educativos del distrito de Puente de Vallecas (2 lotes)”, expediente número

300/2019/01068 del Ayuntamiento de Madrid, adoptado por la mesa de contratación el 19 de octubre de 2020, admitiendo su proposición, con anulación de la adjudicación y retroacción de las actuaciones a los efectos de conceder plazo de subsanación.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación del Lote 2, adoptada a solicitud del recurrente por este Tribunal mediante acuerdo de 12 de enero de 2021.

Cuarto.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma solo cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la LCSP.