

Recurso 2/2020

Resolución 255/2020

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

Sevilla, 23 de julio de 2020

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **RAFAEL LUCENA E HIJOS, S.L.** contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del “Acuerdo marco para la selección de empresas para servicio mediante régimen de alquiler de maquinaria pesada (con conductor) para trabajos de conservación y mantenimiento y otros trabajos de diversa naturaleza”, promovido por la Agencia de Medio Ambiente y Agua, adscrita a la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible (Expte. NET978311), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 8 de julio de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco citado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del acuerdo marco asciende a la cantidad de 200.050 euros.



SEGUNDO. 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 citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. La mesa de contratación, en sesión celebrada el 10 de diciembre de 2019, acordó excluir a la empresa RAFAEL LUCENA E HIJOS, S.L. porque *“No presenta modelo normalizado de las cuentas anuales. Debería presentar modelo normalizado tal y como se indicó en notificación de subsanación. En su lugar presentó depósito de cuentas emitido por el Registro Mercantil. Refiere que las cuentas han sido depositadas bajo el número de archivo 3/2019/27438”*. El acta de la sesión de la mesa se publicó en el perfil de contratante el 16 de diciembre de 2019, notificándose la exclusión a la entidad licitadora mediante escrito con fecha de registro de salida el 13 de diciembre. No consta en el expediente el día de su recepción, si bien la empresa ahora recurrente manifiesta haber recibido la notificación el mismo día 13 de diciembre de 2019.

CUARTO. El 2 de enero de 2020, RAFAEL LUCENA E HIJOS, S.L. (RLH, en adelante) presentó en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial contra el acuerdo de exclusión referido en el antecedente previo.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 3 de enero de 2020, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe al recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación solicitada se recibió en el Registro del Tribunal el 7 de enero de 2020.

SEXTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 9 de marzo de 2020, se dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiendo presentado en plazo D.M.M.F. un escrito en el que manifiesta *“no presentar alegación alguna contra el citado recurso por lo que asume la decisión que el Órgano competente de la Junta de Andalucía adopte sobre el mismo”*.



SÉPTIMO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 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. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

En este sentido, nos encontramos ante un acuerdo marco cuyo valor estimado asciende a 200.050 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador y el objeto del recurso es la exclusión de la recurrente en el procedimiento de adjudicación, por lo que el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.b) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado d) del artículo 50.1 de la LCSP, dispone que: «*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.



En el supuesto analizado, el acuerdo de exclusión de la mesa fue notificado a la recurrente mediante escrito con fecha de registro de salida del órgano de contratación el 13 de diciembre de 2019, no constando en el expediente el día de su recepción si bien la empresa ahora recurrente manifiesta haberlo recibido el mismo día 13 de diciembre. Por tanto, el recurso presentado en el Registro del Tribunal el 2 de enero de 2020 se ha formalizado en plazo.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de la controversia suscitada en el mismo.

La recurrente combate su exclusión de la licitación manifestando lo siguiente:

“- El día 13 de diciembre de 2019 recibimos la citada Comunicación de exclusión con número de expediente: NET978311, en la cual nos notifican que excluyen a nuestra empresa por no haber presentado el modelo normalizado de las cuentas anuales.

- Por error en la comprensión de lo que solicitaban, se presentó el certificado de haber presentado las cuentas anuales con su número de registro, ya que pensábamos que era lo que solicitaban.

- Junto a este recurso, enviamos las cuentas anuales normalizadas presentadas en el registro”.

Frente al recurso se alza el órgano de contratación manifestando, en síntesis, que el pliego de cláusulas administrativas particulares exigía el doble requisito de presentación de las cuentas anuales aprobadas mediante el modelo normalizado y la acreditación del depósito en el Registro Mercantil de esas mismas cuentas, efectuándose requerimiento de subsanación a la recurrente en ese sentido ya que inicialmente la documentación que aportó para acreditar su solvencia económica fue un modelo resumen de las cuentas anuales -pero no el modelo normalizado requerido- y un certificado de asiento de presentación. Continúa el órgano de contratación señalando que RLH, tras el plazo otorgado para subsanar, presentó el certificado de depósito en el Registro Mercantil pero no el modelo normalizado de las cuentas a que se refería el citado certificado.

Asimismo, sostiene que la propia recurrente reconoce que por error no aportó la documentación requerida, la cual adjunta ahora a su escrito de recurso, sin que ello sea posible conforme tiene declarado este Tribunal; cita al respecto, doctrina de este Órgano sobre el particular.



SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Del expediente de contratación se desprenden los siguientes datos de interés para la resolución de la controversia:

1. EL Anexo III-B del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) relativo a “*Documentación previa a la adjudicación. Documentación acreditativa de los requisitos previos. Solvencia económica y financiera*” establece que:

“La solvencia económica y financiera se acreditará por alguno de los siguientes medios de forma alternativa:

(...)

1. Declaración relativa a la cifra anual de negocios del licitador o candidato que, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos:

30.000,00 €

La persona licitadora deberá aportar, de los tres últimos ejercicios concluidos, las cuentas anuales aprobadas y acreditación del depósito de las mismas en el Registro Mercantil, si la empresa estuviera inscrita en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrita. Se considerarán ejercicios concluidos los tres últimos para los que esté vencido el plazo del artículo 365 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (...)

2. El patrimonio neto según el balance correspondiente al último ejercicio económico de las cuentas anuales aprobadas deberá superar:

30.000,00 €

El patrimonio neto de la persona licitadora se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas correspondientes al último ejercicio cerrado y depositadas en el Registro Mercantil u oficial que corresponda, si está vencido el plazo de presentación y se encuentran depositadas; si no lo estuvieran, deben presentarlas acompañadas de la certificación de su aprobación por el órgano de administración competente. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil deberán presentar sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil (...). (el subrayado es nuestro)

2. En la sesión de la mesa de contratación de 30 de agosto de 2019, tras la oportuna subsanación de la documentación del sobre nº1, se acordó (i) admitir definitivamente a la recurrente y a otras entidades licitadoras, (ii) “*proponer al órgano de contratación la selección de las citadas empresas para el acuerdo marco de referencia*” y (iii) “*requerir a las empresas antes citadas, para que presenten en el plazo de diez (10) días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, la documentación señalada en el*



apartado 2.3.4. DOCUMENTACIÓN PREVIA A LA ADJUDICACIÓN del Pliego de Clausulas Administrativas Particulares”.

3. Tras la aportación de la documentación reseñada en el apartado anterior por las entidades licitadoras que no lo hubiesen hecho con anterioridad, la mesa de contratación, en sesión de 11 de noviembre de 2019, acordó solicitar subsanación de la misma a la recurrente. En lo que aquí interesa, se le requirió lo siguiente: “con respecto a la acreditación de la solvencia económica y financiera debe acreditar la misma conforme a lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Debe aportar el modelo normalizado de las cuentas anuales presentadas”.

4. Efectuado el requerimiento de subsanación en el sentido antes expresado, RLH aportó un documento del Registro Mercantil de Málaga, firmado electrónicamente el 29 de agosto de 2019, en el que se manifiesta lo siguiente:

“DEPÓSITO DE CUENTAS

Entidad: RAFAEL LUCENA E HIJOS S.L.

Cierre ejercicio: 31/12/2018

Número entrada: 2/2019/522904,0

El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del depósito de cuentas que antecede, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 y 368 del Reglamento del Registro Mercantil ha procedido a su depósito bajo el número de archivo 3/2019/27438.

Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales. (...).”.

5. En la sesión de la mesa de contratación de 10 de diciembre de 2019, se acordó la exclusión de RLH porque *“no presenta modelo normalizado de las cuentas anuales. Debería presentar modelo normalizado tal y como se indicó en notificación de subsanación.*

En su lugar presentó Depósito de Cuentas emitido por el Registro Mercantil. Refiere que las cuentas han sido depositadas bajo el número de archivo 3/2019/27438”.



Pues bien, la recurrente impugna su exclusión alegando que, por error en la comprensión de lo solicitado, se presentó el certificado del depósito de las cuentas en lugar del modelo normalizado de las mismas que, no obstante, se adjuntan al recurso.

Al respecto, el Anexo III-B del PCAP, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 de la LCSP, es claro al señalar, como medio de acreditación de la solvencia económica, las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil. Asimismo es un dato no cuestionado por la recurrente que no acreditó su solvencia económica en los términos del PCAP siendo por ello requerida de subsanación para aportación del modelo normalizado de las cuentas anuales presentadas y que, en su lugar, aportó únicamente el documento acreditativo de su depósito en el Registro Mercantil.

Así las cosas, RLH no atendió adecuadamente el requerimiento de subsanación formulado por el órgano de contratación, sin que los términos literales en que dicho requerimiento fue efectuado -"modelo normalizado de las cuentas anuales"- permitiesen albergar duda de interpretación sobre lo solicitado. Lo anterior evidencia que si hubo error de comprensión -como manifiesta la recurrente- el mismo no es imputable a la mesa de contratación, la cual se habría excedido en sus funciones y vulnerado el principio de igualdad de trato si hubiera concedido un segundo plazo de subsanación a la recurrente para la aportación de las cuentas. Por otro lado, siendo claro que lo requerido fueron las cuentas anuales conforme al modelo normalizado aprobado para su presentación y depósito en el Registro Mercantil, resulta evidente que la sola aportación del documento relativo al depósito de las cuentas no respondía a la solicitud de subsanación acordada por la mesa, ni a la exigencia establecida en el Anexo III-B del PCAP, ni a lo dispuesto en el artículo 87 de la LCSP, puesto que dicho documento no permitía conocer las cuentas depositadas.

En el sentido expuesto, se ha pronunciado este Tribunal en reiteradas ocasiones. Así, en nuestra Resolución 108/2019, de 11 de abril, señalábamos que *"como ya manifestó este Tribunal entre otras en sus Resoluciones 33/2017 de 15 de febrero y 260/2018, de 21 de septiembre, ratificada en la 301/2018, de 23 de octubre «(...) Si bien es cierto que la jurisprudencia mantiene una postura contraria a un excesivo formalismo que conduzca a la inadmisión de proposiciones por simples defectos formales en detrimento del principio de concurrencia que ha de presidir la contratación pública -Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2004 dictada en Casación para Unificación de Doctrina (Recurso 265/2003)-, tampoco resulta exigible una subsanación de la subsanación, pues ello podría vulnerar el principio de*



igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 y 139 del TRLCSP) y provocar inseguridad jurídica en la tramitación del procedimiento de adjudicación acerca de en qué supuestos habría que permitir una segunda subsanación».

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 467/2018, de 11 de mayo, al indicar que «parece claro que la Ley reclama que se conceda un plazo para la subsanación de los errores que puedan existir (y sean subsanables) en la documentación general presentada por las empresas que pretenden participar en una licitación pública. Pero una vez vencido dicho plazo, la Administración contratante decide su admisión o no al proceso de licitación en función de la documentación de subsanación recibida y procede a continuación dar paso a la fase siguiente del procedimiento. No cabe, por tanto, requerir un nuevo plazo de subsanación de nuevos defectos, ni aportar como prueba nuevos documentos no presentados en el momento procesal oportuno». Asimismo, dicho Tribunal Central en su reciente Resolución 1095/2018, de 30 de noviembre, ha señalado «que no resulta exigible una subsanación de la subsanación, pues ello podría vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 y 139 del TRLCSP)».

Y en la Resolución 177/2019, de 30 de mayo, manifestamos que *“En definitiva, habiendo sido requerida la citada UTE por la mesa de contratación en legal forma para que aporte la documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera, no está previsto conceder un segundo plazo de subsanación para ello. En todo caso, no sería subsanable el requisito exigido sino su acreditación, subsanación que no sería posible en el presente supuesto pues como se ha expuesto el depósito de las cuentas en el Registro Mercantil se produce con fecha posterior -28 de noviembre de 2017- a la de finalización del plazo de presentación de proposiciones -27 de noviembre de 2017-.”*

En consonancia con lo expuesto, tampoco la vía del recurso especial puede ser el medio adecuado para subsanar lo que debió aportarse en el plazo concedido a tales efectos por la mesa. Ello conlleva que no pueda tomarse en consideración el documento de cuentas anuales en el modelo normalizado que RLH adjunta con su escrito de impugnación. En nuestra Resolución 420/2019, de 13 de diciembre, indicábamos lo siguiente: *«en relación con la aportación en vía de recurso de documentación que no fue presentada en el momento procedimental oportuno hemos señalado en numerosas resoluciones, valga por todas la Resolución 386/2019, de 14 de noviembre, que:*



“Igualmente hay que indicar que la posibilidad de subsanar, modificar o completar la documentación en vía de recurso es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia. En este sentido, como ya ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas las Resoluciones 218/2018, de 13 de julio y 257/2018, de 19 de septiembre, o la reciente Resolución 233/2019, de 16 de julio, el recurso especial en materia de contratación no puede ser un instrumento para subsanar los defectos en la documentación presentada por las entidades licitadoras en el procedimiento de adjudicación ya que no es ese su fin, en tanto que se trata de una vía para reparar las infracciones del ordenamiento jurídico en que incurran los poderes adjudicadores en los procedimientos de contratación dentro de su ámbito de actuación definido en el artículo 44 de la LCSP”.»

Por último y a mayor abundamiento, aun en la hipótesis de admitir que el documento relativo al depósito de las cuentas -sin aportación de las mismas- fuese suficiente para subsanar la acreditación de la solvencia económica conforme al PCAP, tampoco hubiese cambiado el sentido del acuerdo de la mesa respecto a la exclusión de la recurrente, habida cuenta que el citado documento acreditativo del acto de calificación emitido por el Registrador Mercantil es de fecha 29 de agosto de 2019 y, por tanto, posterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas que tuvo lugar el 25 de julio de 2019, según consta en el anuncio de licitación publicado en el perfil de contratante. En nuestra reciente Resolución 134/2020, de 1 de junio, exponíamos, reproduciendo un informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, lo siguiente: *“(...) la no acreditación da la concurrencia del requisito de depósito de las cuentas anuales en el momento de la finalización del plazo de presentación de las proposiciones supone que el mismo no puede tenerse por cumplido aunque se haya cumplido con posterioridad en el trámite de subsanación, so pena de conculcar el principio de igualdad de trato entre los licitadores”*.

Con base en las consideraciones realizadas, el recurso debe ser desestimado.

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



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **RAFAEL LUCENA E HIJOS, S.L.** contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del “Acuerdo marco para la selección de empresas para servicio mediante régimen de alquiler de maquinaria pesada (con conductor) para trabajos de conservación y mantenimiento y otros trabajos de diversa naturaleza”, promovido por la Agencia de Medio Ambiente y Agua, adscrita a la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible (Expte. NET978311).

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO. Notificar la presente resolución a las partes 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.

