

Recurso 18/2021

Resolución 282/2021

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

Sevilla, 22 de julio de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **NEBUR MEDIOAMBIENTE, S.L.**, contra la resolución del órgano de contratación, de 23 de diciembre de 2020, por la que se adjudica el contrato denominado “Concesión de servicio para la gestión y dinamización en el equipamiento de uso público centro de visitantes Torre del Vinagre” (Expte. NET 172272), convocado por la Agencia de Medio Ambiente y Agua, adscrita a la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 7 de agosto de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato de concesión de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 3.044.439 euros. En dicho día los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil.



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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Mediante resolución, de 23 de diciembre de 2020, el órgano de contratación adjudica el mencionado contrato a la entidad GESTIÓN DE PROYECTOS LEDESMA Y FRANCO, S.L. (LEDESMA, en adelante).

SEGUNDO. El 18 de enero de 2021, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad NEBUR MEDIOAMBIENTE, S.L., (en adelante, NEBUR) contra la citada resolución de 23 de diciembre de 2020.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación el 19 de enero de 2021, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 21 de enero 2021.

Con fecha 10 de febrero de 2021, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la adjudicataria LEDESMA y por la entidad SERVICIOS TURÍSTICOS DEL PARQUE NATURAL DE CAZORLA SEGURA Y LAS VILLAS S.L. (en adelante, TURISNAT).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 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. Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del presente recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.



TERCERO. En el presente supuesto, el recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a tres millones de 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.c) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, la resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 23 de diciembre de 2020, y con esa misma fecha fue notificada a la ahora recurrente, por lo que el recurso presentado el 18 de enero de 2021 en el registro electrónico de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos que contra el acto de adjudicación se contienen en el mismo.

La recurrente, cuya oferta quedó clasificada en segunda posición, se alza contra la resolución de adjudicación al considerarla contraria a derecho y solicita a este Tribunal, que acuerde su revocación y determine el derecho de la recurrente a obtener la puntuación que, conforme a su juicio, merece su oferta técnica, así como, la exclusión de la mercantil adjudicataria del procedimiento de adjudicación, al no contar con la solvencia económica y técnica requerida en el PCAP.

Fundamenta sus pretensiones en los motivos que a continuación se exponen.

Respecto a la primera de las pretensiones del recurso, relacionada con la valoración otorgada a su propuesta técnica, en concreto a la puntuación recibida en los criterios de adjudicación cuya ponderación depende de un juicio de valor, la recurrente pone de manifiesto que atendiendo al contenido del informe de valoración técnica y del informe complementario a este, de fechas 30 de septiembre y 1 de octubre de 2020, y que fueron tomados en consideración por la mesa de contratación y por el órgano de contratación para la determinación de la mejor oferta, se extraen las siguientes conclusiones.



En primer lugar manifiesta que el informe contiene un error objetivo ya que no ha valorado los servicios de restauración contenidos en la propuesta técnica presentada por NEBUR, pese a que la oferta de tales servicios se encuentra ampliamente detallada en la proposición presentada.

En segundo lugar argumenta, que de la comparación de la valoración realizada a su oferta respecto de las demás ofertas, y especialmente de la presentada por la entidad TURISNAT, se observa que se ha producido una vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación, siendo la puntuación asignada a su oferta de 30 puntos sobre 40, frente a los 34 asignados a TURISNAT, y sin que a su parecer atendiendo al contenido de sendos informes técnicos exista una justificación objetiva para no otorgar a ambas ofertas la misma puntuación.

En cuanto a la segunda de las pretensiones formuladas en el recurso, en la que recordemos se solicitaba la exclusión de la mercantil adjudicataria del procedimiento de adjudicación, la recurrente alega para ello que la mercantil LEDESMA no cuenta ni con la solvencia económica ni técnica requerida en el PCAP.

Así y en cuanto a la falta de solvencia económica y financiera, manifiesta que las cuentas anuales de los ejercicios 2018 y 2019 presentadas por la adjudicataria, no se encontraban depositadas en el Registro Mercantil en los términos exigidos en el anexo III-B del PCAP.

Y por último la mercantil NEBUR alega que la adjudicataria tampoco cuenta con la solvencia técnica o profesional requerida en el anexo III-C del PCAP. Al efecto la recurrente realiza un análisis comparativo de las exigencias contenidas en el citado anexo y de los méritos aportados por cada uno de los componentes del equipo técnico contenido en la propuesta presentada por la mercantil LEDESMA y concluye que ninguno de los cuatro profesionales reúnen las exigencias previstas en el PCAP. Asimismo alega que en fase de subsanación se han introducido dos personas nuevas al equipo no previstas ni en la propuesta técnica inicial ni en fase de acreditación de solvencia, lo que califica como una modificación sustancial de la propuesta al introducir elementos que alteran de modo fundamental la propuesta realizada.

Por su parte el órgano de contratación en su informe se opone a los argumentos esgrimidos por la recurrente y solicita la desestimación del recurso.



También se opone a las pretensiones de la recurrente la adjudicataria LEDESMA en su escrito de alegaciones, en el que además solicita a este Tribunal pronunciamiento sobre la concurrencia de mala fe o temeridad de la recurrente en la interposición del recurso.

Por último, la entidad TURISNAT en sus alegaciones al recurso, rebate la posición de la recurrente en lo relativo a la valoración de las ofertas técnicas, al considerar que no se ha producido la discriminación o desigualdad de trato en la valoración de las mismas como afirma NEBUR. Y por otro lado, se adhiere a los motivos del recurso relativos a que la adjudicataria no cuenta con la solvencia económica y técnica requerida en el PCAP.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes procede su análisis. Al respecto comenzaremos analizando la segunda de las pretensiones del recurso, en orden de exposición, y en la que se solicita la exclusión de la mercantil adjudicataria del procedimiento de adjudicación por falta de solvencia económica y técnica.

En concreto y en cuanto al primero de los motivos esgrimidos, la falta de acreditación por parte de la mercantil LEDESMA de la solvencia económica y financiera requerida en el PCAP, el escrito de recurso se manifiesta en los siguientes términos:

“Consta en el expediente de contratación la documentación relativa a los depósitos de cuentas de los años 2017, 2018 y 2019. En relación a las cuentas del ejercicio 2017 manifiesta la documentación que las mismas fueron depositadas con fecha 10 de marzo de 2020 (diario 29, asiento 1730); las del ejercicio 2018 fueron depositadas en fecha 3 de diciembre de 2020 y las del ejercicio 2019 fueron depositadas también en fecha 3 de diciembre de 2020.

En atención a lo dispuesto en el artículo 365 del Reglamento del Registro Mercantil, a la fecha de la presentación de las ofertas al procedimiento de contratación, cuyo plazo finalizó el 3 de septiembre de 2020 (ver antecedente administrativo tercero de la Resolución objeto del presente recurso) debían estar presentadas y depositadas las cuentas de los ejercicios 2017 y 2018; mientras que las del ejercicio 2019, como consecuencia de la ampliación de plazos establecida por el Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, motivado por la pandemia del Covid-19, debían estar presentadas y depositadas como máximo a fecha 30 de noviembre de 2020.



Así pues, a la fecha de la presentación de ofertas, 3 de septiembre de 2020, la mercantil adjudicataria no cumplía los requisitos de solvencia económica ya que las cuentas del ejercicio 2018 no se encontraban presentadas y depositadas en el Registro Mercantil y las del ejercicio 2019 no han podido ser subsanadas ya que su presentación y depósito, si bien no eran exigibles en el momento de presentación de ofertas, fueron presentadas y depositadas más allá del 30 de noviembre de 2020; curiosamente, fueron presentadas el día 3 de diciembre de 2020, mismo día en que finalizaba el plazo de subsanación concedido por la Mesa de Contratación”.

Por su parte el órgano de contratación en relación a este motivo de recurso alega en su informe lo siguiente:

“El adjudicatario, tal y como indica el recurrente presenta las cuentas de las anualidades 2017, 2018 y 2019. Las cuentas de 2017 como bien indica el recurrente están depositadas con fecha 10 de marzo de 2020, es decir con fecha anterior a la fecha límite de presentación de las ofertas, esto es, 3 de septiembre de 2020. Por lo que, si las mismas, cumplen en la cuantía exigida, la solvencia económica y financiera estaría acreditada. “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 es de al menos OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE EUROS CON SETENTA Y CINCO CENTIMOS (84.567,75)”

Pues bien, siendo la cifra anual de negocios del adjudicatario para esta anualidad de 1.834.996,19 €, queda patente y manifiesto que cumple con lo requerido en la licitación. No es un hecho controvertido que el adjudicatario para la anualidad 2017, cumple con la cuantía exigida y que el depósito se produce previamente a la fecha límite de presentación de oferta. Por tanto se cumple con el criterio y con su acreditación. Cumpliendo la anualidad de 2017, no sería necesaria la valoración de la documentación presentada para las otras dos anualidades. No obstante ello, dejamos constancia del error, cometido por el recurrente, en cuanto a la relación de fechas de presentación en el Registro Mercantil de sendas anualidades. Consta en el expediente administrativo justificante de presentación de las cuentas de 2018 y 2019, el 10 de marzo de 2020. El importe de la cifra de negocio asciende respectivamente a la cantidad de 1.770.959,98 € y 1.931.077,38 €.”

Por último la adjudicataria LEDESMA en su escrito de alegaciones, se opone a lo alegado por la recurrente y afirma que ha acreditado su solvencia económica respetando las previsiones del PCAP, y argumenta lo



siguiente: *“no debiendo confundir como parece ser la intención de contrario el hecho tan clarificado por la Doctrina del TACRC, del cumplimiento de los requisitos, y la acreditación de los mismos, extremo este totalmente subsanable tanto Doctrinalmente como Jurisprudencialmente, sin animo de abundar se nombra la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2.015, en la que se afirma “pueden traerse aquí las consideraciones que hace el TACRC sobre la aplicación del principio de subsanabilidad de los defectos formales y la libertad de concurrencia y añadir a ellas que su utilización en supuestos como este contribuye a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses Públicos”.*

SÉPTIMO. Vistas las alegaciones de las partes, procede su análisis. Al respecto, la cláusula 3.3.7 del PCAP, regula la documentación previa a la adjudicación, y en su apartado C), dedicado a la solvencia económica y financiera señala que la misma se realizará por los medios indicados en el anexo III-B del PCAP, que serán evaluados de acuerdo con los criterios de selección que constan en el mismo. Por su parte el citado anexo del PCAP prevé al respecto lo siguiente:

«ANEXO III-B: DOCUMENTACIÓN PREVIA A LA ADJUDICACIÓN. DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA DE LOS REQUISITOS PREVIOS. SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA

La solvencia económica y financiera se acreditará por el medio que se señala a continuación:

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 el 25% del valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos el 25% del valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año, esto es de al menos OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE EUROS CON SETENTA Y CINCO CÉNTIMOS (84.567,75 €).

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.»

Pues bien, conforme al citado anexo III del PCAP el requisito mínimo de solvencia económica y financiera es que la cifra anual de negocios de la entidad licitadora, dentro de los tres últimos años, deberá ser en el



año de mayor ejecución, al menos de 84.567,75 euros. Y para su acreditación, las sociedades mercantiles como la ahora recurrente han de aportar las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil de los últimos tres años.

En este sentido, es un hecho no controvertido que la recurrente cumple la exigencia de la cifra requerida de volumen anual de negocio. Asimismo, la recurrente tampoco discute que las cuentas anuales de la adjudicataria correspondiente al ejercicio 2017, fueron presentadas y depositadas en el Registro Mercantil con fecha anterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas. Y el órgano de contratación alega en su informe al respecto que: *“Cumpliendo la anualidad de 2017, no sería necesaria la valoración de la documentación presentada para las otras dos anualidades”*.

Pues bien, este primer alegato del órgano de contratación no puede ser admitido. El órgano de contratación confunde el requisito mínimo de solvencia exigido en el PCAP con el modo previsto para la acreditación de la misma, la cual viene regulada en el anexo III-B del PCAP, exigiendo que la persona licitadora ha de aportar, de los tres últimos ejercicios concluidos, las cuentas anuales aprobadas y acreditación del depósito de las mismas en el Registro Mercantil. Por tanto la presentación de las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil de una sola de las anualidades, en este caso las de 2017, no son medio de acreditación suficiente de la solvencia económica de la adjudicataria, de conformidad con las previsiones contenidas al efecto en el PCAP.

En tal sentido, han sido reiterados los pronunciamientos de este Tribunal afirmando 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 los mismos no fueron impugnados, la acreditación de la solvencia económica habrá de realizarse en los estrictos términos previstos en el mismo y que incluye la presentación de las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios concluidos.

OCTAVO. La conclusión anterior hace necesario un pronunciamiento de este Tribunal sobre el alegato de la recurrente relativo a que la entidad adjudicataria no cumple con la solvencia económica requerida, y ello dado que las cuentas anuales de los ejercicios 2018 y 2019 presentadas por la adjudicataria LEDESMA, no se encontraban depositadas en el Registro Mercantil en los términos exigidos en el anexo III-B del PCAP.



Para un correcto análisis de la presente cuestión, resulta de interés, con carácter previo, recordar la doctrina de este Tribunal al respecto recogida, entre otras, en nuestra Resolución 134/2020, de 1 de junio, en la que decíamos:

«En este sentido, este Tribunal en multitud de ocasiones, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la Sentencia de 6 de julio de 2004) y con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entre otras, en las Resoluciones 128/2011 de 27 de abril, 184/2011 de 13 de julio y 61/2013 de 6 de febrero), se ha pronunciado (entre otras muchas, en las Resoluciones 31/2013 de 25 de marzo, 123/2014 de 20 de mayo, 420/2015, de 10 de diciembre, 174/2016, de 27 de julio y 230/2017, de 3 de noviembre) sobre el carácter subsanable de los defectos u omisiones de la documentación general acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que las entidades licitadoras tienen que aportar en los procedimientos de contratación, ex artículos 140 y 141 de la LCSP, consolidando una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en dicha documentación pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible.

En efecto, los defectos u omisiones que afectan a la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos del artículo 140 de la LCSP, entre ellos los que se refieren a la documentación acreditativa de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, según la tradicional concepción de los mismos, son esencialmente subsanables (v.g. Resolución 305/2018, de 31 de octubre y 172/2019, de 23 de mayo, entre otras).

Asimismo, este Tribunal, en su Resolución 262/2019, de 9 de agosto, respecto de la posible subsanación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, señala que entre otras en su Resolución 117/2017, de 31 de mayo, que «En torno a la cuestión de los defectos subsanables en el curso del procedimiento de contratación, en la Resolución 54/2013, de 2 de mayo, este Tribunal analizaba la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado donde se precisa que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de requisitos exigidos y subsanables aquellos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos. En tal sentido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 47/2009, de 1 de febrero de 2010, indicó que “el criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede



subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable”».

De acuerdo con la doctrina expuesta, los defectos serían subsanables cuando se refieran a la acreditación de un requisito, pero no a su cumplimiento, es decir el requisito debe existir a la fecha en que expire el plazo de presentación de la documentación requerida, pues su existencia no es subsanable, solo lo es su acreditación.

Este es el espíritu de la normativa contractual que en su artículo 140.4 de la LCSP, prevé que la entidad licitadora a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación deberá acreditar ante el órgano de contratación las circunstancias relativas a la solvencia que se analiza referidas a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas; y conforme a lo establecido en el último párrafo del artículo 141.2 de la LCSP *«Cuando esta [la mesa de contratación] aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija.»*.

En el supuesto examinado, conforme al anexo III-B del PCAP y como ya se ha expuesto, el requisito mínimo de solvencia económica y financiera lo cumple la entidad LEDESMA, circunstancia que no ha sido puesta en duda por ninguna de las partes en ningún momento del procedimiento. Y para su acreditación, según dicho anexo III-B, las sociedades mercantiles, como la ahora recurrente, han de aportar las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil de los últimos tres últimos ejercicios concluidos.

Pues bien, la mesa de contratación en su sesión de fecha 30 de noviembre de 2020, y tras analizar la documentación aportada por la mercantil que ha resultado adjudicataria del contrato, acuerda requerirle la subsanación de diversa documentación, en concreto y en relación a la solvencia económica, y según consta en el acta de la referida sesión la mesa, acordó requerir la siguiente documentación:

« • En relación con la solvencia económica y financiera las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, tal como se exige en el anexo III-B del Pliego de Clausulas Administrativas Particulares que ha servido de base a la licitación del expediente de referencia. Lo que ha presentado es el modelo 200 (impuesto de sociedades) y asiento de presentación en el RM. »



Una vez transcurrido el plazo otorgado en el requerimiento para la subsanación de la documentación previa a la adjudicación, se reúne la mesa de contratación con fecha de 16 de diciembre de 2021, constando en el acta de la sesión que: *“A la vista de la documentación aportada por esta empresa, se emite informe con fecha 16 de diciembre de 2020 elaborado por el órgano gestor de la tramitación del expediente, en el que se indica que GESTIÓN DE PROYECTOS LEDESMA Y FRANCO, S.L ha subsanado correctamente la documentación solicitada”*.

Tras lo cuál y en el curso de la citada sesión, la mesa acuerda por unanimidad proponer la adjudicación del contrato a favor de la mercantil LEDESMA.

Así las cosas y una vez consultada la documentación integrante del expediente de contratación remitido por el órgano de contratación, se ha podido comprobar por este Tribunal que en el mismo obra como documentación acreditativa del depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil de las anualidades 2018 y 2019, cuestión en la que se centra la presente controversia, la siguiente documentación:

- Certificación de asiento de presentación, emitida por el Registrador Mercantil, con fecha diez de marzo de 2020, en el que manifiesta que las cuentas anuales correspondiente a la sociedad GESTION DE PROYECTOS LEDESMA Y FRANCO SOCIEDAD LIMITADA fueron presentadas el día diez de marzo de dos mil veinte en el diario 29, asiento 1730. (página 1533 del expediente de contratación remitido).

- Certificación de asiento de presentación, emitida por el Registrador Mercantil, con fecha diez de marzo de 2020, en el que manifiesta que las cuentas anuales correspondiente a la sociedad GESTION DE PROYECTOS LEDESMA Y FRANCO SOCIEDAD LIMITADA fueron presentadas el día diez de marzo de dos mil veinte en el diario 29, asiento 1730. (página 1535 del expediente de contratación remitido)

- Depósito de cuentas en el Registro Mercantil de Sevilla expedido el día 3 de diciembre de 2020, correspondiente al ejercicio 2019. Al que se acompaña las cuentas del ejercicio 2018. (página 1690 y siguientes del expediente de contratación remitido)

- Depósito de cuentas en el Registro Mercantil de Sevilla expedido el día 3 de diciembre de 2020, correspondiente al ejercicio 2019. Al que se acompaña las cuentas del ejercicio 2018. (página 1716 y siguientes del expediente de contratación remitido)



Del análisis de la documentación relacionada se concluye que existe documentación duplicada, las obrantes como documentos 1533 y 1535 y que dicho documento se refiere a la presentación de cuentas anuales en el Registro Mercantil, sin que conste a qué anualidad corresponden. En cuanto a los dos documentos aportados acreditativos del depósito de cuentas, ambos tienen fecha de expedición de 3 de diciembre de 2020 y aunque refieren en ambos casos la anualidad 2019, lo cierto es que la documentación adjunta en un supuesto corresponde al ejercicio 2018 y en el otro al ejercicio 2019.

El órgano de contratación en su informe afirmaba sobre el presente debate lo siguiente: *“dejamos constancia del error, cometido por el recurrente, en cuanto a la relación de fechas de presentación en el Registro Mercantil de sendas anualidades. Consta en el expediente administrativo justificante de presentación de las cuentas de 2018 y 2019, el 10 de marzo de 2020”*.

Pues bien, tras el análisis de la documentación aportada al expediente se ha podido comprobar que la documentación de presentación en el Registro Mercantil de fecha 10 de marzo de 2020 es un solo documento que se presenta por duplicado, por tanto sólo acreditaría las cuentas de una anualidad. La anualidad a la que se refiere no consta identificada en la certificación de asiento de presentación aportada, en cualquier caso ello en nada afectaría a la conclusión de este Tribunal que no puede admitir la alegación realizada al efecto por el órgano de contratación. Y ello dado que el documento presentado con fecha de 10 de marzo de 2020, haría prueba en todo caso de una anualidad, como ya se ha comprobado y no de dos; pero además es que dicho certificado de asiento no acredita el depósito de las cuentas, que es la exigencia contenida en el PCAP como acreditación de la solvencia económica. De hecho en fase de subsanación, la adjudicataria sí presenta la documentación acreditativa del depósito de las cuentas de dos anualidades, pero en efecto y como argumenta la recurrente ambos depósitos se expiden con fecha 3 de diciembre de 2020, fecha que deviene extemporánea y por tanto la mercantil adjudicataria incumpliría la condición de solvencia requerida en el PCAP conforme a los términos exigidos en el artículo 140.4 de la LCSP.



No podemos olvidar que la acreditación de la concurrencia del requisito de depósito de las cuentas anuales es de carácter sustantivo y de obligado cumplimiento por la entidad licitadora en el momento de la finalización del plazo de presentación de las proposiciones. En tal sentido se pronunciaba el informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 21 de diciembre de 2017, ante un supuesto similar al que nos ocupa, que dice así en sus consideraciones jurídicas 1 y 3:

«1. La presente consulta alude a un supuesto general en el que el licitador que ha hecho la oferta económicamente más ventajosa ha sido requerido para presentar la documentación acreditativa de su solvencia económica y aunque ha presentado durante el trámite de subsanación concedido la documentación acreditativa de la aprobación de las cuentas anuales correspondientes en fecha anterior a dicho requerimiento, no ocurre lo mismo con la condición de depósito de las cuentas, la cual ha tenido lugar después de haber sido requerido para presentar la documentación.

3. Bajo estas premisas iniciales la interpretación del conjunto de la normativa citada es clara, a nuestro juicio. El Reglamento exige dos condiciones en las cuentas anuales para que el licitador pueda acreditar la condición de solvencia económica y financiera exigida para contratar: el primero es que se aporten las cuentas anuales aprobadas, cosa que se ha hecho en un supuesto como el presente; el otro, que dichas cuentas se encontrasen depositadas en el Registro Mercantil.

El segundo requisito no es baladí, ni debe entenderse embebido de forma automática en la aprobación de las cuentas. Antes al contrario representa un acto sustantivo con trascendencia jurídica que supone, mediante la pertinente calificación del Registrador Mercantil, un acto jurídicamente relevante y, en consecuencia, cualificador del requisito de solvencia económico-financiera. En consecuencia, su falta o su extemporaneidad supone el incumplimiento de la condición de solvencia requerida y consiguientemente la imposibilidad de participar en la licitación.

Este criterio ha sido sostenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas ocasiones. En efecto, en su resolución nº 466/2016, de 17 de junio, el Tribunal señala lo siguiente: (...).

Por tanto, en un supuesto como el objeto de la presente consulta, la no acreditación de 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.».

Concluye dicho informe afirmando que *«Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado considera que la no acreditación de la concurrencia del requisito de depósito de las cuentas anuales, requisito*



sustantivo de obligado cumplimiento por el licitador en el momento de la finalización del plazo de presentación de las proposiciones, supone que el mismo no pueda tenerse por cumplido aunque se haya verificado con posterioridad en el trámite de subsanación de la documentación, pues lo contrario supondría la conculcación del principio de igualdad de trato entre los licitadores.».

Sobre ello, este Tribunal tiene una consolidada doctrina al respecto. Así, en la Resolución 67/2020, de 20 de febrero, una de las más recientes, confirmada por la Sentencia de 8 de febrero de 2021 de la Sección primera de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, recuso 197/2020, se indicaba lo siguiente:

«Sentado lo anterior procede determinar si el depósito de las cuentas anuales es una simple actuación formal que se cumple con el acto de presentación y entrega al Registro Mercantil o si, por el contrario, estamos en presencia de una actuación de carácter sustantivo que exige unos trámites internos por parte del Registro.

Al respecto, el artículo 368 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de junio, bajo la rúbrica *“Calificación e inscripción del depósito”* dispone que *“1. Dentro del plazo establecido en este Reglamento, el Registrador calificará exclusivamente, bajo su responsabilidad, si los documentos presentados son los exigidos por la Ley, si están debidamente aprobados por la Junta general o por los socios, así como si constan las preceptivas firmas de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2º del apartado 1 del artículo 366.*

2. Verificado el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el artículo anterior, el Registrador tendrá por efectuado el depósito, practicando el correspondiente asiento en el Libro de depósito de cuentas y en la hoja abierta a la sociedad. El Registrador hará constar también esta circunstancia al pie de la solicitud, que quedará a disposición de los interesados.

3. En caso de que no procediere el depósito, se estará a lo establecido para los títulos defectuosos”.

Del precepto transcrito se desprende que la actuación calificadora del registrador, que conduce a la inscripción en el libro de depósito de cuentas, da fe del cumplimiento de los requisitos sustantivos establecidos en dicho artículo reglamentario, por lo que aquella actuación no es en modo alguno equiparable a la mera presentación en el Registro que solo da lugar a un asiento de presentación en el Libro Diario.



En este sentido, se ha pronunciado este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas su Resolución 152/2019 de 16 de mayo, al disponer que *“(...) Solo existe a nuestro juicio una interpretación posible al hecho de que tanto el redactor del Reglamento de la LCAP como el redactor del pliego hayan mencionado las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil. Si la finalidad del requisito era acreditar exclusivamente el cumplimiento aritmético del requisito no hubiera sido necesario aludir al depósito de las cuentas.*

Lo que ocurre es que lo que se exige es una condición añadida de fehaciencia, de modo que la administración pueda actuar investida de un notable grado de seguridad jurídica que alianza que las cuentas estén, no sólo presentadas, sino depositadas en el Registro con lo que ello conlleva”.

Por tanto, en el supuesto analizado, resulta claro que el pliego, en consonancia con la finalidad perseguida por el legislador al redactar el artículo 87.3 de la LCSP, según el cual *“(...) El volumen anual de negocios del licitador o candidato 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. (...)”*, persigue dotar al órgano de contratación del suficiente grado de seguridad a la hora de determinar si los licitadores acreditan la solvencia económica y financiera exigida. Y tal propósito o finalidad no se vería satisfecha con la mera presentación de las cuentas en el Registro Mercantil ni con la restante documentación aportada por la recurrente en el trámite de subsanación concedido y que hemos referido anteriormente.

Por lo expuesto, se constata que la adjudicataria no aportó la documentación tal y como exigía el PCAP en su Anexo III-B del PCAP, que requiere no solo la acreditación económica o numérica del requisito de volumen de negocio, sino también que esa acreditación sea fehaciente y comprobable en términos de máxima seguridad jurídica para la Administración, de ahí la exigencia del depósito de las cuentas anuales.

Por lo expuesto, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 10.7.3 del PCAP –respecto de la documentación previa a la adjudicación- *“(...) Si en el plazo concedido no procede a la subsanación de la documentación, será excluida del procedimiento de adjudicación.(...)”*, debemos concluir que la exclusión de la entidad recurrente acordada por la mesa de contratación por esta causa es conforme a derecho ya que lo contrario supondría una vulneración del principio de igualdad de trato entre las entidades licitadoras.



Al respecto se ha pronunciado este Tribunal en su Resolución 214/2018, de 13 de julio, al disponer que *“En definitiva, el principio de igualdad de trato supone que las licitadoras deben poder conocer con claridad los requisitos y trámites procedimentales que resultan aplicables y la imposibilidad de modificar a favor de una licitadora los requisitos exigidos para todas ellas. Si la licitadora no cumplimenta adecuadamente el requerimiento dentro de los plazos concedidos, ello determinará la exclusión del procedimiento (v.g. Resoluciones de este Tribunal 306/2016 y 309/2016, de 2 de diciembre, 37/2017, de 27 de enero y 21/2018, de 31 de enero, entre otras).”*.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que *“Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/ Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)”*.»

Por tanto, en el presente supuesto, resulta probado que la adjudicataria LEDESMA no acreditó la solvencia económica requerida conforme a las previsiones contenidas en el ANEXO III-B del PCAP, dado que no resultaba suficiente para ello con la mera presentación de las cuentas en el Registro Mercantil, sino también que esa acreditación fuese fehaciente y comprobable en términos de máxima seguridad jurídica, de ahí la exigencia del depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, que no puede tenerse por cumplida aunque se haya verificado con posterioridad en el trámite de subsanación de la documentación, dado que los depósitos de cuentas aportados son expedidos el día 3 de diciembre de 2020 y por tanto son de fecha posterior a la de la presentación de ofertas, que finalizaba el 3 de septiembre de 2020.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede estimar este motivo del recurso. La corrección de la infracción legal cometida, debe llevarse a cabo anulando el acto de adjudicación del contrato realizada mediante resolución del órgano de contratación de 23 de diciembre de 2020, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a la propuesta de adjudicación del contrato, con



continuación del procedimiento de adjudicación en su caso, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

NOVENO. Concluido lo anterior deviene innecesario el análisis del resto de los motivos esgrimidos en el escrito de recurso contra la legalidad de la resolución de adjudicación. Ello es así porque 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 PCAP es 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 en sus Resoluciones 200/2016, de 9 de septiembre, 298/2016, de 18 de noviembre, 36/2017, de 15 de febrero, 35/2018, de 8 de febrero y 23/2020, de 30 de enero.

Asimismo, en el supuesto que se examina, no es necesario pronunciarse sobre el primer motivo del recurso en el que la recurrente afirma que la valoración efectuada por el órgano de contratación contiene un error objetivo ya que no ha valorado los servicios de restauración contenidos en su propuesta técnica, pese a que la oferta de tales servicios se encuentra ampliamente detallada en la proposición presentada, dado que aun cuando dicha pretensión se aceptara, al no cumplir la actual adjudicataria la solvencia económica exigida, su oferta seguiría siendo la mejor posicionada.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidad **NEBUR MEDIOAMBIENTE, S.L.**, contra la resolución, de 23 de diciembre de 2020, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Concesión de servicio para la gestión y dinamización en el equipamiento de uso público centro de visitantes Torre del Vinagre” (Expte. NET 172272), convocado por la Agencia de Medio Ambiente y Agua, ente instrumental adscrito a la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, y, en consecuencia anular la resolución de adjudicación del contrato, de acuerdo con lo expresado en el fundamento jurídico octavo de esta Resolución, in fine.



SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. 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.

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.

