Recurso 465/2021
Resolución 76/2022

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

Sevilla, 2 de febrero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PROEMISA, S.L.**, contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado "Suministro de luminarias led para reposición" (Expte. CON 79/19 (Gestiona 9188/2019)), convocado por el Ayuntamiento de San Roque (Cádiz), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 2 de octubre de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 213.000 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

La mesa de contratación en sesión celebrada el 11 de febrero de 2021, y previa fase de subsanación de errores, acuerda proponer al órgano de contratación la exclusión, entre otras, de la entidad ahora recurrente, por considerar que no acredita adecuadamente en los términos del pliego la solvencia económica mediante la presentación del depósito de las cuentas anuales ante el Registro Mercantil dentro del plazo concedido para la presentación de las ofertas. Posteriormente, con fecha 22 de abril de 2021, la mesa acuerda proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato a la entidad XIFRAM, S.L.

SEGUNDO. El 24 de febrero de 2021, la entidad PROEMISA, S.L. (en adelante la recurrente) interpuso recurso especial en materia de contratación contra el mencionado acuerdo de exclusión que se presentó en el registro del Ayuntamiento de San Roque. La citada Corporación, no siendo competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto, lo remite el 28 de septiembre de 2021 a este Tribunal, junto con el expediente de contratación solicitado con ocasión del recurso 189/2021. A pesar de remitirlo entonces el expediente no contiene la documentación completa aportada por la recurrente en el procedimiento.

El 11 de noviembre de 2021, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la entidad recurrente en su escrito de impugnación.

Posteriormente, 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 se han recibido alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de San Roque no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación, en un contrato de suministro 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.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme el acta de la sesión de la mesa de contratación que contiene el acuerdo de exclusión y la fecha de interposición del recurso, ha de entenderse que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Sobre el fondo del recurso. Alegaciones de las partes

Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de las cuestiones planteadas.

Como se citó con anterioridad, la mesa de contratación en su sesión de 11 de febrero de 2021, a la vista de la documentación aportada en plazo de subsanación por la hoy recurrente, acuerda proponer al órgano de contratación su exclusión por no acreditar adecuadamente la solvencia económica en los términos expuestos. Contra dicho acto, siguiendo las indicaciones del Ayuntamiento, la entidad recurrente presenta, el 24 de febrero de 2021, *"instancia general"* a través de la sede electrónica con el objeto de que la mesa revise la documentación presentada, pues la recurrente sostiene que las cuentas se encuentran debidamente depositadas.

Por otra parte, la Secretaría del Ayuntamiento de San Roque, (folio 584), informa, sin fecha, desfavorablemente y, en consecuencia, se dicta Decreto de la Alcaldía número 2021-3704, de 30 de julio de 2022, en que se acuerda desestimar el recurso especial en materia de contratación presentado por la recurrente.

Posteriormente, dicho Decreto se revoca por el mismo Ayuntamiento por no ser competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación, dictándose para ello Decreto 2.021-5424 de la Alcaldía el día 15 de noviembre de 2021 (desconociéndose el procedimiento seguido para ello).

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente combate el acuerdo de exclusión argumentando lo siguiente:

"1º- Que PROEMISA S.L. deposita en Registradores de España sus cuentas para su aprobación el día 17-11-2020, estando depositadas correctamente en fecha y forma, hecho que se demuestra con el acuse de recibo adjunto en el presente documento como "ANEXO I. ACUSE DE RECIBO".
2º- Que el día 18-11-2020 PROEMISA S.L. recibe la confirmación de que sus cuentas anuales han sido presentadas en tiempo y forma, hecho que se demuestra con el documento adjunto "ANEXO II. CERTIFICACION DE ASIENTO DE PRESENTACION".
3º- Que el día 19-11-2020 el Registro Mercantil de Valencia publica en su página web un aviso referente a que el día 17-11-2020 el registro detectó un brote de COVID entre su personal, ampliando los plazos de calificación y despacho de documentos desde el 19-11-2020 hasta el 1-12-2020. Este hecho se demuestra simplemente visitando la web de referencia: https://rmvalencia.com/covid19/ , además incorporamos en el presente documento un extracto de dicha noticia como "ANEXO III. NOTICIA REGISTRO MERCANTIL".
4º- Que el día 17-12-2020 a las 12:52 horas PROEMISA S.L. recibe Comunicación de admisión o exclusión provisional por parte de la Mesa de contratación referente al Expediente CON 79/19 (Gestiona 9188/2019), dando una fecha límite de respuesta, fijada para el día 22-12-2020.
5º- Que el día 21-12-2020 a las 16:45 horas, PROEMISA S.L. subsana toda la documentación requerida por parte de la mesa de contratación para el expediente de referencia en el plazo requerido, hecho que se demuestra con el justificante adjunto en el presente documento como "ANEXO IV. JUSTIFICANTE SUBSANACION".
6º- Que el día 11-02-2021 PROEMISA S.L. recibe por parte de la Mesa de Contratación la Comunicación de Admisión o Exclusión Definitiva para el Expediente CON 79/19 (Gestiona 9188/2019), quedando excluido por los siguientes motivos:
• Solvencia Técnica/Económica-Cifra anual de negocio (No Subsanable) : Debe presentar las cuentas y su depósito en el Registro Mercantil.
• Solvencia Técnica/Económica-Patrimonio neto (No Subsanable): No se acredita el certificado de depósito de las cuentas en el Registro Mercantil dentro del plazo concedido para la presentación de ofertas.

CONCLUSIONES

Después de analizar los hechos, queda patente que PROEMISA S.L. ha cumplido con todos los requisitos del Pliego de Contratación, habiendo aportado toda la documentación en tiempo y forma, y en especial a la referida documentación acreditativa de la solvencia económica. El hecho de que las cuentas de PROEMISA S.L. no estuvieran aprobadas en el momento de consulta por parte de la Mesa de Contratación, hecho propiciatorio para nuestra exclusión del referido Expediente CON 79/19 (Gestiona 9188/2019), responde a los hechos anteriormente descritos, y es que el Registro Mercantil de Valencia se vio afectado por un brote de COVID, hecho que tuvo que ver en el desajuste de la aprobación de cuentas de PROEMISA S.L.
El día 17-11-2020 PROEMISA S.L. deposita sus cuentas en el Registro Mercantil de Valencia mediante Registradores de España, y el mismo día 17-11-2020 el Registro Mercantil de Valencia detecta un brote COVID. Es bien sabido por todos, las repercusiones que un brote COVID puede originar en cualquier puesto de trabajo, principalmente la cuarentena de los trabajadores afectados y por tanto una paralización o retraso de los trabajos. En este caso en

particular el Registro Mercantil de Valencia se vio obligada a ampliar los plazos de calificación y despacho de documentos, y es sin duda fruto de una fatal casualidad que el día de depósito de la documentación por parte de PROEMISA coincidiera con un brote COVID en las oficinas del Registro, propiciando el retraso en la aprobación de cuentas de PROEMISA S.L. y en consecuencia su exclusión del presente contrato de "Suministro de luminarias led para reposición" con EXPte CON 79/19 (Gestiona 9188/2019).".

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, en lo que aquí nos interesa, manifiesta las siguientes consideraciones: *"en el caso de PROEMISA S.L., que presentó instancia de recurso especial en materia de contratación en la sede electrónica del Ilustre Ayuntamiento de San Roque, se resolvieron sus alegaciones desestimando su pretensión "al no presentar en tiempo y forma la documentación exigida". Ya que, si bien la empresa alega su falta de presentación en tiempo a la situación COVID que ralentizó las procedimientos y por ello el registro mercantil no registró su asiento de las cuentas diligentemente, lo cierto es que desde el punto de vista jurídico, al margen del tiempo que estuvieran suspendidos los procedimientos administrativos por el estado de alarma, no existía otra causa legal que pudiera justificar por la situación de COVID padecida la admisión de los documentos y requisitos exigidos en un procedimiento".*

SEXTO. Consideraciones de este Tribunal.

En cuando al fondo del asunto, cabe subrayar que de las alegaciones analizadas en el anterior fundamento se deduce que la cuestión se centra en determinar si cumplía las prescripciones del pliego de solvencia económica y financiera presentada por la entidad recurrente. En este sentido en el expediente remitido en los folios 10 a 39 se establece la forma de acreditar la solvencia económica:

"11.2 Acreditación de la solvencia exigible.
La solvencia económica y financiera del empresario podrá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes:

a) Declaración del empresario del volumen anual de negocios, en el ámbito al que se refiera el contrato, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos que deberá ser al menos, por importe igual o superior al precio del presente contrato, acompañado de copia de las correspondientes cuentas anuales, incluida memoria e informe de auditoría, debidamente presentadas y depositadas ante el Registro Mercantil o en el registro Oficial que corresponda, lo cual deberá quedar acreditado mediante la presentación de la entrada correspondiente en el mismo. No obstante, para los empresarios individuales no obligados a presentar las cuentas en registros oficiales, y que así se justifique debidamente, se podrá aportar como medio alternativo de acreditación, los libros de inventarios y cuentas anuales debidamente legalizados por el Registro Mercantil.

b) Patrimonio neto, al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales por importe igual o superior al precio del contrato, que se acreditará mediante acompañamiento de copia de las cuentas anuales, incluida memoria e informes de auditoría, en su caso, debidamente presentadas y depositadas ante el Registro Mercantil o en el registro Oficial que corresponda.

c) Cuando el contrato tenga por objeto la prestación de servicios profesionales, en lugar del volumen anual de negocio, la solvencia económica y financiera se podrá acreditar mediante la disposición de un seguro de indemnización por riesgos profesionales, vigente hasta el fin del plazo de presentación de ofertas, por importe no inferior al valor estimado del contrato, aportando además el compromiso de su renovación o prórroga que garantice

el mantenimiento de su cobertura durante toda la ejecución del contrato. Este requisito se entenderá cumplido por el licitador o candidato que incluya con su oferta un compromiso vinculante de suscripción, en caso de resultar adjudicatario, del seguro exigido, compromiso que deberá hacer efectivo dentro del plazo de diez días hábiles al que se refiere el apartado 2 del artículo 150 de la Ley. La acreditación de este requisito se efectuará por medio de certificado expedido por el asegurado, en el que consten los importes y riesgos asegurados y la fecha de vencimiento del seguro, y mediante el documento de compromiso vinculante de suscripción, prórroga o renovación del seguro, en los casos en los que proceda.

d) Asimismo, y siempre que se trate de una sociedad que no pueda presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, podrá exigirse como medio adicional a los previstos en las letras anteriores, que el período medio de pago a los empresarios no supere el límite que a estos efectos se establezca por Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas teniendo en cuenta la normativa sobre morosidad.

e) Por otra parte, en el supuesto de empresas recién constituidas entendiendo por tales aquéllas que tengan un período de vida inferior a cinco años, que no puedan acreditar su solvencia económica por ninguno de los medios previstos en los apartados anteriores, podrá acreditarse la misma mediante la disposición de un seguro de indemnización por riesgos profesionales en los términos y condiciones señaladas en el apartado c).".

Ante la parquedad del informe remitido por el Ayuntamiento, y a la vista de esta cláusula, debemos observar la fecha de constitución de la sociedad dado que si ésta fuera inferior a 5 años podría haberse considerado acreditada la solvencia a través del justificante del certificado de la póliza de seguro que aporta como documento 40 de la ampliación del expediente administrativo remitido con fecha de 1 de febrero de 2022. Examinada dicha póliza y la cobertura sería suficiente si la empresa, como se ha indicado en el PCAP, tuviera un periodo de vida inferior a 5 años.

Examinados los documentos relativos a la personalidad de la entidad, se observa sin embargo que la misma se constituyó, según consta en la inscripción en el Registro Mercantil de Valencia (que figura en la certificación del R.O.L.E.C.E.[1]), el día 6 de agosto de 1991. Al ser una empresa con una vida superior a 5 años, le resultan aplicables los apartados a) a d) de la cláusula 11.2 del pliego, no constando otra documentación distinta a las cuentas anuales presentadas, pero no depositadas.

En este sentido, debemos observar que admite la recurrente que presentó las cuentas, si bien fue por causa ajena inimputable a la misma, debido a un brote de *"Covid"* en el Registro Mercantil, lo que impidió obtener el depósito de las cuentas como exige el pliego.

La exigencia de acreditar el depósito de las cuentas de la cláusula 11.2 no es una mera formalidad y radica en que el registro y depósito de las cuentas anuales se produce tras una labor, de carácter material, de calificación de la documentación presentada al Registrador, que permite diferenciar como situaciones jurídicas no equiparables, la presentación de las cuentas anuales para su inscripción en el registro, por un lado, de la inscripción propiamente dicha de las cuentas, por otro.

En efecto, el registro de las cuentas anuales de una sociedad en el Registro Mercantil requiere la previa calificación de las cuentas presentadas para comprobar su adecuación a la legalidad vigente, de modo que solo cuando las cuentas son examinadas a conformidad del Registrador se proceda a su registro, distinguiéndose así el acto de registro de la mera presentación de las cuentas al Registro, este último de carácter meramente formal.

1 Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado.

No debe considerarse cumplido el requisito que el PCAP exige para acreditar la solvencia de la licitadora, pues es claro que el régimen jurídico aplicable no permite considerar la acreditación de la solvencia económica en plazo, no pudiendo otorgar los efectos la calificación jurídica y examen que se realiza fuera del plazo.

Por ello, el motivo del recurso debe desestimarse.

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 **PROEMISA, S.L.**, contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado "Suministro de luminarias led para reposición" (Expte. CON 79/19 (Gestiona 9188/2019)), convocado por el Ayuntamiento de San Roque (Cádiz).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 11 de noviembre de 2021.

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

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

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