Recurso 277/2022
Resolución 400/2022
Sección Primera

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

Sevilla, 28 de julio de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TECHNOLOGY AND SECURITY DEVELOPMENTS, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 3 de junio de 2022, por el que se excluye a dicha entidad del procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Suministro para adquisición de dos vehículos carrozados completos y transformados en unidades móviles de calidad del aire (UMI)» convocado por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, entidad adscrita a la entonces Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible (Expte. NET570784), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 31 de diciembre de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó el 28 de diciembre de 2021 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía. Ese mismo día, los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores a través del citado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 280.000 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público 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.

En la sesión de la mesa de contratación celebrada el 3 de junio de 2022 se acordó la exclusión de la entidad TECHNOLOGY AND SECURITY DEVELOPMENTS, S.L. El acta de la sesión fue publicada en el perfil de contratante el 7 de junio de 2022. Asimismo, obra en el expediente escrito de la misma fecha comunicando la exclusión a la citada empresa, si bien no consta la fecha efectiva de notificación a la misma.

SEGUNDO. El 27 de junio de 2022, tuvo entrada en el registro electrónico único de la Junta de Andalucía, a través del formulario de presentación general y dirigido a la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad TECHNOLOGY AND SECURITY DEVELOPMENTS, S.L. contra su exclusión. También consta la recepción del recurso en este Tribunal.

La Secretaría del Tribunal recabó al órgano de contratación la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, posteriormente, fue recibida en este Tribunal.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados con traslado del escrito de recurso por plazo de cinco días hábiles, no se han recibido las mismas en el plazo otorgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

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

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la 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. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de una entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil 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.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Solicita que se anule su exclusión y se retrotraigan las actuaciones posteriores a la misma.

Los términos de la controversia se circunscriben a la acreditación de la solvencia económica y financiera en los términos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP). Es por ello que, con carácter previo al examen de las alegaciones de las partes, hemos de señalar los siguientes extremos que derivan del expediente remitido por el órgano de contratación:

a) El Anexo XIV del PCAP, bajo la denominación de «Solvencia económica y financiera», establece que la misma *«se acreditará por el medio o los medios que se señalan a continuación DE FORMA ALTERNATIVA:*

1. Volumen anual de negocios de la persona licitadora o candidata, que referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades de la persona licitadora y de presentación de ofertas por importe mínimo de: 420.000 euros.

El volumen anual de negocios de la persona licitadora se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito.

En el caso de entidades sin obligación de inscripción registral y depósito de cuentas, la cifra anual de negocios se acreditará mediante los estados financieros previstos en sus respectivas normas sectoriales de aplicación o en sus estatutos.

Los empresarios individuales, en régimen de estimación directa, acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil. El resto de empresarios individuales acreditarán su volumen anual de negocios mediante la presentación de libros-registro que le correspondan en función de su régimen fiscal.

2. El patrimonio neto según el balance correspondiente al último ejercicio económico de las cuentas anuales aprobadas deberá superar el 20 por 100 del importe del contrato, esto es 56.000 euros

El patrimonio neto de la persona licitadora se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas correspondientes al último ejercicio para el que esté vencida la obligación de aprobar cuentas anuales, 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.

En todo caso, siempre que se trate de una sociedad que no pueda presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, el período medio de pago a proveedores no superará el límite que a estos efectos se establezca por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública, teniendo en cuenta la normativa sobre morosidad.

La persona licitadora deberá aportar la memoria de sus cuentas anuales donde aparezca la información en relación con su periodo medio de pago a proveedores en operaciones comerciales».

b) En la sesión de la mesa de contratación de 20 de abril de 2022, se determina, como mejor oferta, la presentada por la ahora recurrente y se acuerda requerirle para que presente en el plazo de diez días hábiles la documentación previa a la adjudicación señalada en el PCAP y, entre ella, la referida a la solvencia económica y financiera en los términos indicados en el Anexo del PCAP antes mencionado.

c) Para acreditar la citada solvencia, la recurrente solo presenta declaración responsable del volumen de negocios de los años 2019, 2020 y 2021 y señala que *«al tratarse del año 2021 como mejor ejercicio económico y al no estar aún aprobadas las cuentas anuales en el Registro Mercantil, a continuación, se adjunta un Balance de Situación y la Cuenta de Pérdidas y Ganancias de dicho ejercicio»,* que luego tampoco acompaña.

c) En la sesión de la mesa de contratación de 16 de mayo de 2022, tras el examen de la documentación aportada por la recurrente, se acuerda requerirle de subsanación. En concreto, por lo que se refiere a la solvencia económica, se señala en el acta que deberá presentar:

«(...) la documentación acreditativa de la referida solvencia conforme a lo establecido en el anexo XIV del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha servido de base a la licitación del expediente de referencia. Lo que ha aportado es una declaración responsable de fecha 9 de mayo de 2022 con el volumen anual de negocios de las anualidades 2019, 2022 y 2021. En concreto debe aportar de forma alternativa:
◦ *Volumen anual de negocios de la persona licitadora o candidata: Sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, referidas al referido (sic) al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades de la persona licitadora y de presentación de ofertas por importe mínimo de: 420.000 euros.*
◦ *El patrimonio neto según el balance correspondiente al último ejercicio económico de las cuentas anuales aprobadas deberá superar el 20 por 100 del importe del contrato, esto es 56.000 euros: Sus cuentas anuales aprobadas correspondientes al último ejercicio para el que esté vencida la obligación de aprobar cuentas anuales,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.»*

d) En los términos antes expuestos y respecto a la solvencia económica y financiera, la recurrente es requerida de subsanación. En cumplimiento de tal requerimiento, aporta de nuevo la declaración responsable sobre el volumen de negocios de los años 2019, 2020 y 2021, así como el balance de situación y la cuenta de pérdidas y ganancias correspondientes al ejercicio 2021, que inicialmente no había aportado aunque así lo indicaba en la declaración formulada.

e) En la sesión de la mesa de contratación de 3 de junio de 2022, se acuerda la exclusión de la recurrente *«al no acreditar la solvencia económica en los términos exigidos en el anexo XIV del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que ha servido de base a la licitación del expediente de referencia. En concreto, no aporta las cuentas anuales en el modelo normalizado de inscripción en el Registro Mercantil ni justificante de su depósito»*.

Contra este acuerdo de exclusión acciona la recurrente por vía del recurso especial ante este Tribunal y argumenta lo siguiente:

-Debido a la naturaleza de la compañía, ésta queda obligada a la formulación de cuentas anuales, a su aprobación en Junta General y a su depósito en el Registro Mercantil. De este modo, cita el artículo 164 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, conforme al cual *«La junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado».*

Añade, pues, que no estaba obligada, en la fecha en que se aportaron los medios para acreditar la solvencia económica, a disponer de las cuentas anuales aprobadas; y que, siendo el ejercicio 2021 el mejor dentro de los tres últimos disponibles, se presentó la documentación financiera relativa al mismo consistente en balance de situación y cuenta de pérdidas y ganancias. Cita en apoyo de su argumentación la Resolución 635/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

- Alega, asimismo, que en el artículo 87 de la LCSP no se menciona expresamente que las cuentas anuales deban presentarse mediante modelo normalizado de inscripción en el Registro Mercantil, ni que deban hallarse depositadas en dicho Registro.

- Finalmente, señala que *«sí puede la compañía acreditar que, las Cuentas Anuales del 2020 y 2019 se encuentran aprobadas y depositadas en el Registro pertinente, como se desprende de la documentación aquí presentada como "CUENTAS ANUALES+JUSTIF.DE DEPOSITO_2020.PDF».*

2. Alegaciones del órgano de contratación

Se opone a los motivos del recurso y aduce, en síntesis, que la recurrente no disponía de las cuentas anuales aprobadas del último ejercicio económico, por lo que debió aportar las correspondientes a otro ejercicio anterior que cumpliesen con los requisitos establecidos en el pliego y no documentación de unas cuentas que aún no estaban "disponibles" o "concluidas" por estar las mismas pendientes de aprobación.

Asimismo, señala que, aunque pueda parecer que la exigencia del volumen de negocios mediante la presentación de las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil es una cuestión meramente formal y no de fondo, no es así; la presentación de ambos documentos (modelo normalizado de las cuentas anuales presentadas y certificación del depósito en el Registro Mercantil) es la única vía posible para acreditar que las cuentas anuales presentadas son las que legalmente figuran depositadas en el Registro y a las que el Registrador ha otorgado fe pública. Cita en apoyo de este razonamiento doctrina de este Tribunal.

SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

El núcleo de la controversia versa sobre la adecuada acreditación de la solvencia económica y financiera establecida en el PCAP. No se discute, pues, su suficiencia, sino solo el medio escogido para justificarla.

La recurrente elige como medio de acreditación de la solvencia económica, entre los dos recogidos alternativamente en el Anexo XIV del PCAP, el volumen anual de negocios de los tres últimos ejercicios disponibles, donde el referido al mejor ejercicio alcance un importe mínimo de 420.000 euros. A tal efecto, el citado anexo establece que *"El volumen anual de negocios de la persona licitadora se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito".*

Tal previsión del PCAP está en concordancia con lo estipulado en el artículo 87 de la LCSP. Así, el órgano de contratación, al prever la acreditación del volumen anual de negocios, ha utilizado los mismos medios mencionados en el artículo 87.3 del texto legal -precepto que establece los requisitos mínimos y medios de acreditación de la solvencia económica y financiera cuando los pliegos no los concreten, pero que nada impide que sean los elegidos e incorporados a los pliegos por los órganos de contratación-, y en concreto las *«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 (...)».*

Pues bien, los pliegos son "lex contractus" conforme a reiterada doctrina de este Tribunal (v.g. Resoluciones 22/2013, 20/2018, 311/2020, y 169/2021, entre otras muchas); de modo que, una vez aprobados por el órgano de contratación y aceptados por los licitadores al presentar sus ofertas, vinculan a ambas partes, no pudiendo el órgano de contratación apartarse de su contenido en su aplicación a un licitador concreto sin vulnerar el principio

de igualdad de trato respecto al resto. 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 atenido 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) (...)».*

En el supuesto analizado, la recurrente ha presentado para acreditar la solvencia económica y financiera, tras la fase de subsanación, una declaración responsable empresarial sobre el volumen anual de negocios de los ejercicios 2019, 2020 y 2021, así como el balance de situación y cuenta de pérdidas y ganancias del año 2021 que es el mejor ejercicio económico.

Ahora bien, ni el balance de situación ni la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio 2021 constituyen, conforme al PCAP, el modo de acreditar el volumen anual de negocios del mejor ejercicio dentro de los tres últimos. Es más, el pliego no distingue entre ejercicios a efectos de acreditar el volumen anual de negocios, pues indica expresamente que *«El volumen anual de negocios de la persona licitadora se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil »*, lo que supone que también el volumen de los ejercicios 2019 y 2020 debería haberse acreditado mediante las cuentas anuales aprobadas y depositadas.

Así pues, debe darse la razón al órgano de contratación cuando esgrime que si la recurrente no disponía de las cuentas anuales aprobadas del último ejercicio económico (2021), debió aportar las correspondientes a otro ejercicio anterior que cumpliesen con los requisitos establecidos en el pliego y no documentación relativa a unas cuentas que aún no están “disponibles” o “concluidas” por estar pendientes de aprobación. Es decir, pudo presentar las del año 2020 (ejercicio inmediatamente anterior) si este era el mejor ejercicio en cuanto a volumen de negocios, pues en este caso las cuentas anuales debían estar ya aprobadas, inscritas y depositadas. Lo que no cabe es que presente tales cuentas ahora en vía de recurso, porque este solo es el medio de impugnación de una decisión de los poderes adjudicadores que se reputa ilegal, pero en modo alguno supone una vía de subsanación de un defecto padecido por el licitador en la documentación aportada a la licitación.

Por último, conviene señalar que la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en que la recurrente intenta apoyar sus razonamientos, no aborda un supuesto idéntico al presente. Sin entrar en el análisis de la misma, lo cierto es que en ella se estima como documento apropiado para acreditar la solvencia la declaración anual del IVA que responde a un modelo oficial normalizado y no a una mera declaración responsable del licitador ante el órgano de contratación.

A mayor abundamiento, el medio de acreditación de la solvencia económica que se define en el PCAP no es caprichoso, excesivo ni formalista. Ya se viene señalando de modo reiterado en nuestras resoluciones (v.g. 181/2022, entre las más recientes) que no es baladí la presentación y depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil pues la actuación del Registrador acredita el cumplimiento de las condiciones de acceso a dicho Registro y, lo que es más importante, la certificación del contenido del Registro, en sus diferentes formas, es la única vía posible para acreditar que las cuentas anuales que se presentan a verificación por parte de la Administración son las que legalmente figuran depositadas en aquel. Si el legislador no hubiera considerado este

requisito como fundamental no habría establecido este sistema de constancia registral y tampoco hubiera exigido en la legislación contractual que las cuentas que se presenten sean las depositadas en el Registro Mercantil.

Y en el mismo sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (recurso n° 390/2016, con número de resolución n° 466/2016 de 17 de junio) aborda el concepto técnico jurídico de cuentas depositadas. La resolución reproduce el artículo 368 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, cuyo tenor es el siguiente:

"Calificación e inscripción del depósito.

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."

Y concluye la citada resolución del Tribunal Administrativo Central que la exigencia reglamentaria -y de los propios pliegos- respecto al depósito de las cuentas en el Registro Mercantil persigue una condición añadida de fehaciencia, de modo que la Administración pueda actuar investida de un notable grado de seguridad jurídica; puesto que la actuación del Registrador acredita el cumplimiento de las condiciones de acceso al Registro Mercantil y, lo que es más importante, la certificación del contenido del Registro, en sus diferentes formas.

Con base en las consideraciones realizadas, no cabe sino concluir que la recurrente ha incumplido las exigencias de un pliego que aceptó incondicionalmente al presentar su oferta (artículo 139 LCSP); pliego que, a mayor abundamiento, se ajusta a las previsiones del artículo 87 de la LCSP, sin que pueda admitirse la acreditación de la solvencia por un medio distinto, sin incurrir en vulneración de dicho pliego que es *"lex inter partes"*.

El recurso debe, pues, 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 **TECHNOLOGY AND SECURITY DEVELOPMENTS, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 3 de junio de 2022, por el que se excluye a dicha entidad del procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Suministro para adquisición de dos vehículos carrozados completos y transformados en unidades móviles de calidad del aire (UMI)» convocado por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, entidad adscrita a la entoncesConsejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible (Expte. NET570784).

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.

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.