Recurso 305/2022
Resolución 440/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 2 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INTEGRACIÓN TERAPÉUTICA DIÓGENES, S.L.P.**, contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado "Segundo concierto social para la prestación del servicio de atención infantil temprana en Andalucía" (Expte. CONTR 2021-707843, 77/2021) respecto del lote 1.C.2. El Ejido, convocado por la actual Consejería de Salud y Consumo, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 6 de septiembre de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato administrativo especial indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 20.284.992 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. Asimismo se rige por su normativa específica establecida, entre otras normas, en el Decreto 57/2020, de 22 de abril, por el que se regula el concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana.

En la trigésimo primera sesión celebrada el 11 de julio de 2022, la mesa de contratación acordó excluir la oferta presentada por la entidad INTEGRACIÓN TERAPÉUTICA DIÓGENES, S.L.P, respecto del lote 1.C.2. El acuerdo de exclusión fue publicado en el perfil de contratante y notificado a la entidad recurrente el día 13 de julio de 2022.

SEGUNDO. El 2 de agosto de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad INTEGRACIÓN TERAPÉUTICA DIÓGENES, S.L.P. (en adelante DIÓGENES o la recurrente), contra el citado acuerdo de 11 de julio de 2022, por el que la mesa de contratación excluye su oferta respecto del lote 1.C.2. El Ejido. En su escrito la recurrente solicita la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

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

El 11 de agosto de 2022, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido en el plazo concedido para ello.

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 entidad licitadora, respecto del lote impugnado, 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 el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación respecto del lote 1.C.2. El Ejido, de un contrato administrativo especial 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 y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Actuaciones realizadas en el procedimiento.

Con carácter previo al análisis de fondo del recurso y de las alegaciones de las partes, con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, las actuaciones realizadas que culminan con la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente, por no acreditar esta de forma correcta uno de los requisitos acreditativos de la solvencia económica y financiera exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Pues bien, en el anexo XIV del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) se establecen los criterios de selección relativos a la solvencia económica y financiera del empresario. En el mismo, dentro del apartado *«Volumen anual de negocios de la persona licitadora o candidata»* se 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».*

Pues bien, en el acta de la sesión trigésima de la mesa de contratación, celebrada el 4 de julio de 2022, se procede al estudio de la documentación presentada por las distintas entidades licitadoras. Respecto de la oferta de la recurrente y en lo que aquí interesa se indica lo siguiente: *«3. En relación a las cuentas anuales presentadas, no hay constancia de su firma y acreditación de su presentación en el Registro Mercantil.».* Por lo que procede a requerir a la recurrente la subsanación de la mencionada documentación.

Tras la presentación de la documentación correspondiente por parte de la recurrente, en la anteriormente mencionada sesión de la mesa de contratación trigésimo primera, de 11 de julio de 2022, tras hacer referencia a los hechos anteriormente reproducidos, se acuerda lo siguiente: *«En relación al punto 3, se aportan las cuentas anuales aprobadas de 2021 presentadas en el Registro Mercantil sin depósito. Por tanto, la entidad no subsana el requerimiento, referido a las cuentas presentadas del 2019 sobre las que no había constancia de su aprobación, pues no estaban ni firmadas, ni tampoco había constancia de que estas hubiesen sido las presentadas en el Registro Mercantil. Tampoco queda acreditada la solvencia económica con las cuentas ahora presentadas de 2021 pues falta su depósito. Dado que no se acredita la solvencia económica y financiera exigida de acuerdo al PCAP, se acuerda su exclusión.».*

Finalmente, el 20 de julio de 2022, la recurrente presentó un escrito de alegaciones dirigido al órgano de contratación en el que manifiesta que cumplió con lo requerido en sede de subsanación al afirmar: *«Dando cumplimiento a lo requerido, puesto que con el asiento de depósito que emite el Registro mercantil acredita que las cuentas se han firmado y presentado en el citado registro, no pudiéndose depositar las mismas sin estos requisitos previos»*. Indica que *«si bien es correcto que en respuesta al requerimiento aportamos las cuentas de 2021, fue únicamente para acreditar que INTEGRACION TERAPÉUTICA DIOGENES, S.L., ha dado cumplimiento en todo momento a los requisitos exigidos en la presente convocatoria, adjunta la presentación de las cuentas del año 2021, cuyo plazo termina el 30 de Julio de 2022.*
Es decir, en todo momento la mercantil que suscribe ha estado al día de sus obligaciones mercantiles, sea el año que sea, tanto en 2019, 2020 e incluso en el año 2021» y solicita que se anule su exclusión.

Finalmente, DIÓGENES combate la citada exclusión mediante la presentación del recurso especial en materia de contratación.

SEXTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Pues bien, la recurrente refuta la exclusión de su oferta argumentando en síntesis las siguientes cuestiones:

- Que el 9 de julio de 2022, respondió al requerimiento realizado por parte de la mesa de contratación en sede de subsanación mediante la aportación de la documentación solicitada, aportando respecto a la solvencia económica cuentas anuales de la empresa del año 2021 depositadas en registro mercantil, que eran las únicas de las que a su entender a fecha 1 de julio de 2022 no existía acreditación de su depósito.

- La recurrente argumenta que es erróneo el motivo de exclusión relativo a que las cuentas aportadas referidas al ejercicio 2019 carecían de acreditación de presentación en Registro Mercantil, toda vez que venían acompañadas de documento emitido por el Registro Mercantil nº1 de Sevilla y firmado con firma electrónica reconocida por XXX a día 10/11/2020. C.S.V. : XXX, donde se indicaba claramente: *«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 3/2020/25254. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales.»*

Afirma, que estas mismas cuentas fueron utilizadas ante este mismo órgano de contratación en el proceso de adjudicación del expediente 77/20 CONCIERTO SOCIAL PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ATENCIÓN TEMPRANA EN ANDALUCÍA, para los lotes 1.C.2 El Ejido, 8.E.9 Sevilla Centro y 8.B.1 Écija, siendo aceptadas en todos ellos.

Concluye afirmando lo siguiente: *«Nuestra empresa basa la impugnación en un único motivo de recurso, consistente en la nulidad del acto de exclusión que, a nuestro juicio, fue acordada por la Administración contratante con manifiesto error material, pues la exclusión se fundamenta en la circunstancia de no haber acreditado el depósito de las cuentas anuales presentadas, cuando la documentación aportada si incluía dicha acreditación, por tanto no se han valorado documentos aportados. Adicionalmente indicar que esos mismos documentos fueron válidos ante esa mesa de contratación en un procedimiento anterior, por lo que no se entendería un cambio de criterio en cuanto a su validez»,* por lo que solicita la anulación del acuerdo de exclusión con el objeto de que pueda continuar en el procedimiento de adjudicación.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por otra parte, el órgano de contratación en su informe al recurso argumenta que la entidad DIÓGENES fue correctamente excluida, en este sentido argumenta que:

«Examinada la documentación previa a la adjudicación, se practicó el siguiente requerimiento de subsanación conforme a lo indicado en el acta de la trigésima sesión, en lo que aquí interesa: "En relación a las cuentas anuales presentadas, no hay constancia de su firma y acreditación de su presentación en el Registro Mercantil".
La entidad había presentado en su acreditación un modelo abreviado de cuentas referentes al ejercicio 2019, sin firma y sin que constase aprobación alguna de las mismas y justificante de depósito de unas cuentas de 2019 en el Registro Mercantil de Sevilla, el cuál no podía identificarse ni relacionarse con el modelo abreviado de cuentas presentado.

Practicado el requerimiento, la entidad presentó en tiempo y forma por medio del Portal de Licitación Electrónica SIREC las cuentas anuales aprobadas de 2021, con acuse de presentación de las mismas en el Registro Mercantil, pero sin que se acreditase su depósito.. Por tanto, la entidad no subsanó el requerimiento, referido a las cuentas presentadas del 2019 sobre las que no había constancia de su aprobación, pues no estaban ni firmadas, ni tampoco había constancia de que estas hubiesen sido las presentadas en el Registro Mercantil. Y con la subsanación tampoco quedó acreditada la solvencia económica pues faltaba el depósito de las cuentas presentadas de 2021.

Contra su exclusión, la entidad presentó con fecha 20 de julio de 2022 las mismas alegaciones en que fundamenta el presente recurso. No obstante, el presente procedimiento de contratación no contempla un trámite para alegaciones contra la exclusión en el momento en que ésta tiene lugar, a lo que se añade la falta de motivación de las mismas entendida por este órgano de contratación, motivo por el cuál no se entró en su análisis y respuesta. Asimismo, la forma de proceder para combatir el acuerdo de exclusión adoptado es mediante la interposición de

recurso especial en materia de contratación, como el que nos ocupa, por tratarse dicho acto como un acto de trámite cualificado».

Por lo anterior, solicita a este Tribunal que se desestime el recurso interpuesto.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

El Tribunal debe pronunciarse, a la vista del debate de lo planteado en la subsanación de la documentación, en la tramitación realizada por el órgano de contratación y en la cumplimentación del requerimiento realizado por la entidad recurrente.

Como se ha indicado, la cuestión de fondo pivota sobre el criterio de selección relativo a la solvencia económica y financiera en el que se exige a los licitadores un determinado volumen anual de negocios que se ha de acreditar, en este caso, mediante las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil.

Esta cuestión ha sido analizada por este Tribunal en otras ocasiones siendo especialmente esclarecedora la Resolución 181/2022, de 18 de marzo, en la que se analiza la forma de acreditación, y sobre qué debe considerarse cuentas depositadas en el Registro Mercantil. Esta cuestión también se ha analizado por otros órganos de resoluciones de recursos contractuales como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en el recurso n° 390/2016, con número de resolución n° 466/2016 de 17 de junio. En definitiva, se expresa con relación a esta cuestión, que no es válido cualquier documento en el que conste la presentación, sino que debe figurar la expresión depositada. En este sentido, el depósito de las cuentas anuales está regulado en el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil en los artículos 365 y siguientes.

En tales preceptos parece observarse una cierta tendencia a la confusión entre la presentación y el depósito en los artículos 365 y 366. Sin embargo, no existe confusión alguna en el artículo 368 donde se indica lo 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.»*

De este precepto se pueden deducir varias conclusiones sobre el carácter del depósito de las cuentas anuales a que alude el Reglamento del Registro Mercantil: la primera es que, puesto este precepto en relación con el 367, se observa una clarísima diferencia entre los efectos de la mera presentación, que da lugar simplemente al asiento de presentación en el libro diario, y la actuación calificadora del registrador, que da lugar a la inscripción en el libro de depósito de cuentas; la segunda es que el Reglamento del Registro Mercantil dice claramente que sólo tras el examen por el Registrador se tendrá por efectuado el depósito; la tercera, que resulta de los artículos 369 y 370 del Reglamento del Registro Mercantil es que la publicidad del depósito con efecto frente a terceros –como sería la Administración- está sometida a un régimen específico que exige que el Registrador de fe del cumplimiento de los requisitos sustantivos establecidos en la norma.

Señala la resolución citada del TACRC 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, es patente para este Tribunal que la referencia que se contiene en la norma a las cuentas anuales depositadas alude a un concepto técnico jurídico y no meramente literal de la expresión depósito.*
>
> *…*
>
> *Ciertamente cuando el legislador establece este procedimiento de calificación jurídica de los títulos presentados no lo hace pensando en que tienen un efecto puramente formal. Por el contrario, 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, 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 el Registro.*
>
> *Si el legislador no hubiera considerado este requisito como fundamental no habría establecido este sistema de constancia registral y tampoco hubiera exigido en el Reglamento de la LCAP que las cuentas que se presentasen fueran las depositadas en el Registro Mercantil. En la documentación aportada en el seno del procedimiento de selección de los contratistas la recurrente no ha aportado la documentación tal como es exigida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que interpretado en términos jurídicos exige no sólo 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. Eso es lo que implica la exigencia del depósito de las cuentas anuales y eso es lo que el recurrente incumplió respecto de la documentación que ha aportado. Décimo. Resuelta la anterior cuestión es claro que de conformidad con el Reglamento del Registro Mercantil no basta con cualquier documento para acreditar el depósito de las cuentas anuales en forma legal. Tal prueba ha de hacerse precisamente a través de los documentos que exigió el órgano de contratación en los sucesivos requerimientos efectuados al licitador».*

En el presente supuesto, consta en la documentación remitida por el órgano de contratación y así figura en la que la recurrente anexa a su recurso, que DIÓGENES remitió a la mesa, tras el requerimiento de la documentación previa a la adjudicación, sus cuentas anuales de 2019 pero el documento se encontraba sin firmar y sin huella digital, y además aporta un justificante de depósito en el Registro Mercantil de Sevilla de unas cuentas anuales de 2019.

Sobre esta cuestión la recurrente argumenta que sí justificó el depósito de sus cuentas anuales de 2019 por lo que considera que ha existido un error en la actuación de la mesa de contratación al excluir su oferta del procedimiento de licitación por este motivo. Pues bien, procede recordar que la finalidad de la presentación de las cuentas anuales -aprobadas y depositadas- es que la mesa de contratación pueda comprobar el volumen de negocios de una determinada entidad a efectos de que quede acreditada su solvencia económica y financiera en los términos establecidos en el PCAP rector de la licitación. Efectivamente y como argumenta el órgano de contratación en su informe, DIÓGENES presenta unas cuentas que no están formalizadas ni de las que queda constancia que fueran las presentadas en el Registro Mercantil -dado que tampoco figura la correspondiente huella digital de ello-, por tanto, y como el órgano de contratación afirma, no queda debidamente justificado que las cuentas anuales aportadas por la recurrente fueran las que finalmente se presentaron en el Registro Mercantil

y sobre las que este emite el justificante del depósito. Esta situación queda claramente reflejada en el requerimiento de subasanación realizado por la mesa de contratación en el que se indica que: *«En relación a las cuentas anuales presentadas, no hay constancia de su firma».* Afirmación sobre la que, por otra parte, tampoco se manifiesta la recurrente en su escrito de impugnación. En definitiva, no hay nada que objetar a la actuación de la mesa de contratación sobre esta cuestión.

Posteriormente, la entidad tras el requerimiento de subsanación -en lugar de aportar las cuentas anuales debidamente formalizadas y en las que quede constancia de su depósito en el Registro mercantil, que era lo que se le había requerido-, presenta un justificante relativo a la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de 2021, por lo que deja sin subsanar la documentación que se le había solicitado y, en su lugar, presenta unas nuevas cuentas anuales de las que no se acredita el depósito, sino simplemente la presentación de las mismas en el Registro Mercantil, documentación que resulta insuficiente en los términos analizados en la doctrina anteriormente reproducida y a la que nos remitimos, de lo que, efectivamente, se concluye que la entidad no justificó la solvencia económica y financiera en los términos exigidos en el PCAP, motivo este por el que su oferta fue correctamente excluida del procedimiento de licitación.

Por tanto, teniendo en cuenta que la mesa de contratación requirió la documentación previa a la adjudicación, y le realizó el correspondiente requerimiento de subsanación conforme al PCAP, es decir, concedió la posibilidad a la entidad recurrente para que procediera a su subsanación de forma precisa y quedando probado que la recurrente no presentó en el plazo concedido lo específicamente requerido para ello, en los términos anteriormente argumentados, este Tribunal concluye que la exclusión por estos motivos fue correcta.

Finalmente, respecto de la alegación de la recurrente relativa a que la misma documentación aportada en este procedimiento de licitación fue presentada en otra convocada por el mismo órgano de contratación y que fue considerada válida, procede indicar como este Tribunal ha manifestado en otras ocasiones, (v.g. Resoluciones 336/2018, de 30 de noviembre, 299/2018, de 25 de octubre, 236/2018, de 8 de agosto, 61/2019, de 7 de marzo, 79/2019, de 21 de marzo, 90/2019, de 21 de marzo, 185/2019, de 6 de junio, 257/2019, de 9 de agosto, 250/2020, de 16 de julio y 340/2020, de 15 de octubre, entre otras), el carácter autónomo e independiente de los procedimientos de contratación respecto de otros anteriores o coetáneos, aun cuando coincidan en objeto y sujeto, en el sentido de que las actuaciones seguidas y las vicisitudes acaecidas en los mismos no pueden influir en otras licitaciones presentes o futuras que se rigen por sus propios pliegos y demás documentos contractuales. Además y a mayor abundamiento, se ha de considerar que la recurrente no aporta prueba alguna que fundamente dicha aseveración. Por todo lo anterior, procede la desestimación del recurso interpuesto.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INTEGRACIÓN TERAPÉUTICA DIÓGENES, S.L.P.**, contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Segundo concierto social para la prestación del servicio de atención infantil temprana en Andalucía” (Expte. CONTR 2021-707843, 77/2021) respecto del lote 1.C.2. El Ejido, convocado por la actual Consejería de Salud y Consumo.

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 el 11 de agosto de 2022.

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 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.