Recurso 241/2023
Resolución 269/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 26 de mayo de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ENTERPRISE FORMACION CONTINUA S.L.** contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Servicios para la impartición de acciones formativas específicas de formación profesional para el empleo, dirigidas prioritariamente a personas desempleadas, para la docencia de la formación profesional para el empleo de Andalucía, modalidad presencial", lote 15, (Expte. ADM/2021/0032 (CONTR/2021/1077314), promovido por la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo de la Junta de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 27 de diciembre de 2021, se publicó, en perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución y el 28 de diciembre d 2021 en el Diario Oficial de la Unión Europea. Ese mismo día, los pliegos de la contratación fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El valor estimado del presente contrato que se indica en el anuncio de licitación en el perfil es 2.008.800,00 euros.

Durante la tramitación de la licitación se le ha notificado el 19 de abril a la entidad recurrente su exclusión mediante resolución de 17 y 18 de abril de 2023.

SEGUNDO. El 9 de mayo de 2023, tiene entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra dicha exclusión, interpuesto por la entidad recurrente.

Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución con fecha 10 de amyo. La documentación fue recibida en este Tribunal el 15 de mayo de 2023.

Existiendo otro licitador a dicho lote, excluido, pero que ha interpuesto recurso especial igualmente contra su exclusión, ha sido necesario dar trámite de alegaciones, expirando el plazo el día 24 de mayo. No se han formulado alegaciones.

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 entidad 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.

El recurso se interpone contra la exclusión de su oferta en el lote 15 de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador; por tanto, debe admitirse el recurso 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. Alegaciones de las partes.

El acta de la séptima sesión de la mesa de contratación de 31 de agosto de 2022 contiene la propuesta de exclusión que posteriormente es confirmada con la resolución de exclusión de 17 de abril de 2023, basando su exclusión en la falta de subsanación de los documentos que acreditan la solvencia económica y financiera (Cláusula 10.7.2.c y Anexo XIV del PCAP), o bien porque no se acredita mediante el Registro de Licitadores. Se expone en los siguientes términos:

"*Posteriormente, la Mesa entra a analizar la documentación presentada para la subsanación de la documentación previa del lote 15, de la cual se concluye: • LOTE N.º 15 – ENTERPRISE FORMACIÓN CONTINUA, S.R.L.*
A esta entidad se le ha requerido la presentación de las cuentas anuales conforme a lo establecido en el anexo XIV del PCAP. Analizada la documentación, se concluye que las cuentas presentadas por la entidad han tenido entrada en el registro mercantil el día 1 de junio de 2022, por tanto, atendiendo a lo establecido en el artículo 140.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, por el que "Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato " y a lo determinado en el anexo XV del PCAP en el que determina 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. no se puede entender por la mesa debidamente justificado.", la mesa no puede verlo como debidamente justificado.
Esto mismo, lo apoya la Resolución 262/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCJA) en el que dice "... el Anexo II-A del PCAP no alberga duda alguna sobre el hecho de que la acreditación de la solvencia económica y financiera exigida en la licitación debía llevarse a cabo a través de las cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil. Asimismo, el requerimiento de subsanación efectuado a la recurrente también es claro en cuanto a la necesidad de aportar las cuentas aprobadas y depositadas en aquel Registro.
No obstante, la recurrente, admitiendo que no ha aportado las cuentas depositadas en dicho Registro, sostiene que su exclusión por tal circunstancia es excesivamente formalista puesto que el acuse de recibo emitido por el propio Registro da por hecho que las cuentas están aprobadas y registradas debidamente.
No puede darse la razón a la recurrente en este alegato por cuanto la dicción literal del PCAP es clara al exigir la acreditación de la solvencia mediante las cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, extremo este que fue aceptado por ILUNION al presentar su oferta en el procedimiento de licitación (artículo 145.1 del TRLCSP), por lo que no puede ahora pretender eludir su cumplimiento bajo el argumento de que el depósito en aquel Registro es una mera formalidad que en nada afecta a la suficiencia de su solvencia económica."

Asimismo, este Tribunal en su Resolución 12/2022, de 14 de enero de 2022, afirma que " Este ha sido el criterio mantenido por 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".

En este mismo sentido resuelve el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el Recurso nº 129/2018 C. A. Región de Murcia 9/2018, en la Resolución nº 420/2018 de fecha 27 de abril de 2018. Por tanto, y en base a lo anterior, la mesa concluye para el lote n.º 15 elevar la propuesta de exclusión de la entidad ENTERPRISE FORMACIÓN CONTINUA, S.L y conforme a la Cláusula 10.6 del PCAP, proponer como la mejor oferta a favor del licitador SERVIPRES SERVICIOS EMPRESARIALES, S.L.U. con NIF B21569496, al obtener la segunda mayor puntuación de las ofertas presentadas en aplicación del baremo del Anexo X del PCAP. De conformidad con la Cláusula 10.7 del PCAP, una vez aceptada la propuesta de la Mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán por medios electrónicos, al licitador SERVIPRES SERVICIOS EMPRESARIALES, S.L.U. para que, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento o desde el envío del referido requerimiento a través de SiREC-Portal de Licitación Electrónica si se produce en el mismo día la publicación en el Perfil de Contratante de este acta de conformidad con la Disposición Adicional 15ª de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, presente la documentación que se detalla en el apartado 2 de aquella Cláusula."

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

A. Estima que "*cumple con los requisitos legalmente exigidos tanto en la Ley de Contratos del Sector Público, como en el anexo XIV del P.C.A.P. toda vez que las circunstancias relativas a la solvencia de la compareciente que se especifican en el anexo XIV citado concurrían en la fecha final de presentación de ofertas.*

Se considera por la Mesa de Contratación que la aportación de cuentas anuales no depositadas en el momento de presentación de oferta resultan insuficientes para la acreditación de ese extremo, sin embargo se debe discrepar de esta conclusión, por cuanto en el expediente consta documentación suficiente que acredita su estado de solvencia económica y financiera.".

Estima que la aportación de cuentas anuales no depositadas en el momento de presentación de oferta no resultan insuficientes para la acreditación de la solvencia, en contraposición con el criterio de la mesa. Para ello alega que los *"arts. 272 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital y el criterio jurisprudencialmente consolidado respecto de la eficacia del depósito de las cuentas anuales en el registro mercantil, se debe concluir que una vez existe informe favorable del registrador, la eficacia del citado depósito se retrotrae al momento de su aprobación y es indiscutible que la aprobación de las cuentas anuales depositadas es previa al momento de la aportación de dicha documentación en la oferta; así lo afirma el Tribunal Supremo, entre otras , en la Sentencia nº 1258/2021, de 25 de octubre de 2021, que determina que el depósito de las cuentas anuales no atribuye presunción alguna de veracidad o validez a dichas cuentas, si bien las cuentas aprobadas y depositadas sirven a los objetivos de dar a conocer datos esenciales de la vida y solvencia de una sociedad que son relevantes para terceros, si bien el control del Registrador mercantil sobre la calificación de las cuentas anuales, a efectos de su depósito, es meramente formal o extrínseco".*

Señala además que la mesa lo que ha realizado es una "*interpretación literal y excesivamente formalista de la norma que, tal y como tiene declarado la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en la Sentencia nº 1862/2018, entre otras, no debe presidir el procedimiento administrativo.*"

Interesa a su vez la aplicación del principio de proporcionalidad, señalando que si no se presentó en el momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas se debió a una causa exógena a su voluntad.

B. Interesa en segundo lugar la aplicación de la doctrina de los actos propios, pues señala que lo que alega, la admisión de la documentación ya presentada, ya ha sido admitida por el órgano de contratación.

Señala que con "*la misma documentación se ha considerado suficientemente acreditada la solvencia económica y financiera de mi mandante, adjudicándole el contrato en los siguientes expedientes:*

- *Expediente ADM/2021/0013 (CONTR/2021/785630), lote nº 25 AED-MA-01-2021. LOTE/2022/2452.*
- *Expediente ADM/2021/0013 (CONTR/2021/785630), lote nº 29: AED-SE-01-2021. LOTE/2022/1337.*
- *Expediente: ADM/2021/0013 (CONTR/2021/785630), lote nº 30: AED-SE-02-2021. LOTE/2022/1338.*
- *Expediente: ADM/2021/0013 (CONTR/2021/785630), lote nº 21: AED-JA-01-2021. LOTE/2022/1328.*
- *Expediente: ADM/2021/0013 (CONTR/2021/785630), lote nº 5: AED-CA-01-2021. LOTE/2022/402.*
- *Expediente: ADM/2021/0013 (CONTR/2021/785630), lote nº 8: AED-CA-04-2021. LOTE/2022/2451.*
- *Expediente ADM/2021/0013 (CONTR/2021/785630), lote nº 9: AED-CO-01-2021. LOTE/2022/1317."*

A estos efectos acompaña como documento nº 3 las citadas resoluciones. Asimismo, se acompaña como documento nº 4 los contratos ya formalizados en los expedientes ADM/2021/0030, lote nº 14 CONTR/2021/786160, LOTE/2022/2395 y ADM/2021/0030, lote nº 15, CONTR/2021/786160. LOTE/2022/2396, ambos de 1 de mayo de 2023. Expresa que *"en estos expedientes se resuelve favorablemente la adjudicación a la dicente, exactamente en las mismas condiciones y con la misma documentación que en este caso".*

Añade que "*un cambio de criterio en la actuación de la Administración supone además una vulneración flagrante del principio de confianza legítima (…)".*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe se limita a contestar a la primera parte de las alegaciones sin abordar el precedente que cita la recurrente en su recurso respecto de la solvencia económica y financiera. De los lotes 5, 8, 9, 21, 25, 29, y 30 del expediente de contratación ADM/2021/0013 (CONTR/2021/785630), en los que presuntamente habría este mismo órgano de contratación le habría admitido en la licitación con la misma documentación presentada. Es decir, a pesar de recoger el pliego las mismas cláusulas el mismo contenido que en la presente licitación, se estimó por el contrario acreditada la solvencia económica y financiera de la entidad recurrente que ahora ha sido excluida.

Sobre dicha primera parte de las alegaciones, rebate la misma señalando que los documentos que acreditan la solvencia económica y financiera son los establecidos en la cláusula 10.7.2.c y el Anexo XIV del PCAP, o bien alternativamente a través del Registro de Licitadores, es decir, el volumen anual de negocios de la persona licitadora (referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos ejercicios disponibles), o el patrimonio neto se debía acreditar por medio de sus cuentas anuales aprobadas depositadas en el Registro Mercantil u oficial que corresponda; si no lo estuvieran, deben presentarlas acompañadas de la certificación de su aprobación por el órgano de laadministración competente. Las personas licitadoras individuales no inscritas en el Registro Mercantil deberán presentar sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

Alega que "*en el artículo 140.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, por el que "Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato " y a lo determinado en el anexo XV del PCAP en el que determina 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. no se puede entender por la mesa debidamente justificado.", la mesa no puede verlo como debidamente justificado".*

Invoca para ello determinada doctrina de este Tribunal, y del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

SEXTO. Sobre el fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Examinada la notificación de la exclusión adjunta al recurso especial, el motivo de la misma se refiere a los "*documentos que acreditan la solvencia económica y financiera*".

El pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establece que se ha de aportar como contenido de las cuentas anuales aprobadas. Establece el PCAP al respecto en el anexo XIV:

"*Criterios de selección relativos a la solvencia económica y financiera del empresario (por lote o, en su caso, conjunto de lotes). La solvencia económica y financiera se acreditará por el medio o los medios que se señalan a continuación: ALTERNATIVAMENTE*

1. *Volumen anual de negocios de la persona licitadora que referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos ejercicios disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades de la persona licitadora y de presentación de ofertas(…).Así para lotes de presupuesto base de licitación igual o inferior a 100.000 euros la solvencia económica se ha estimado que sea igual al 50 % del importe del presupuesto base de licitación.*
   Para lotes de presupuesto base de licitación superior a 100.000 euros, pero igual o inferior a 500.000 euros, la solvencia económica se ha estimado que sea igual al 35 % del importe del presupuesto base de licitación.
   Finalmente, para lotes con presupuesto base de licitación por encima de 500.000 euros, se opta por que la solvencia económica requerida a la entidad licitadora sea igual al 25 % de dicho presupuesto.
   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. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil".

La cláusula 9.2.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establece que: "*Los documentos a incorporar en el sobre electrónico nº1 se detallan a continuación y se aportarán conforme a las indicaciones que constan en el Manual de servicios de licitación electrónica SiREC-Portal del licitación electrónica. (…)*
Los requisitos de capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados siguientes, deberán concurrir a la fecha de conclusión del plazo de presentación de proposiciones y subsistir en el momento del perfeccionamiento del contrato. (…).".

El artículo 51.1 LCSP señala en cuanto a la "*forma y lugar de interposición del recurso especial*", que:

"1. En el escrito de interposición se hará constar el acto recurrido, el motivo que fundamente el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente y, en su caso, las medidas de la misma naturaleza que las mencionadas en el artículo 49, cuya adopción solicite, acompañándose también:
(…)
d) El documento o documentos en que funde su derecho".

En los mismos términos se pronuncia el artículo 22.5 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Observados los documentos en los que funda su Derecho, el escrito de recurso especial no es acompañado de documental que arroje evidencia alguna de que esa misma documentación constase en el momento procedimental oportuno al que se refiere la cláusula 9.2.1. Más bien la recurrente reconoce que la documentación aportada no era la correcta desde el momento en que tras la notificación de la exclusión. Es decir, viene a justificar la imposibilidad de haberla presentado por causas ajenas a su voluntad, en el motivo de que las cuentas aún no estaban auditadas. Asimismo, lo funda en determinada jurisprudencia, (no referenciada en ningún repertorio), así como en determinados preceptos de la Ley de Sociedades de Capital.

Por último, invoca la doctrina de los actos propios, dado que existirían otros procedimientos de contratación coetáneos donde el mismo órgano de contratación habría admitido dicha documentación siendo el clausulado del pliego el mismo que el que rige el contrato que es objeto del presente recurso especial.

La recurrente al citar la sentencia 1862/2018, 20 de Diciembre de 2018, del Tribunal Supremo lo hace de una forma incompleta. Si la intención de la cita es aplicar por analogía la situación en ella tratada al presente caso, cumple señalar que no se ha argumentado que la misma, constituya jurisprudencia en el sentido al que se refiere el artículo 1.6 del Código Civil. En cualquier caso, la cuestión en ella tratada dista mucho de poder ser aplicado al presente supuesto, pues trata sobre la aplicación de una norma derogada, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que aunque pudiera trasladarse a la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre, ni se fundamenta, ni tampoco una vez examinada pueda estimarse ser trasladable al presente caso por la especialidad del procedimiento de contratación donde se deben preservar los principios de igualdad de trato y no discriminación por ser eminentemente de concurrencia competitiva.[1]

En este sentido, se debe expresar además que no puede este Tribunal suplirle en su deber de motivación del recurso construyendo una argumentación que solo corresponde a quien impugna una decisión del poder adjudicador. La Resolución 302/2020, de 10 de septiembre, de este Tribunal, y con relación a la aportación documental que se hace con el recurso debe señalarse que "«*El artículo 51.1 de la LCSP exige que en el escrito de interposición de recurso se especifiquen los motivos que lo fundamenten, puesto que el Tribunal no puede sustituir a la entidad recurrente en su obligación de presentar un recurso debidamente fundado, construyendo un argumento o fundamentación que compete a aquella. Sobre esta cuestión se ha pronunciado este Tribunal en supuestos similares al presente, valga por todas la Resolución 304/2019, de 24 de septiembre».*

El artículo 87.3 de la LCSP, señala a estos efectos, que:

"En el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia económica y financiera de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa del importe mínimo, expresado en euros, de cada uno de ellos. Para los contratos no sujetos al requisito de clasificación, cuando los pliegos no concreten los criterios y requisitos mínimos para su acreditación los licitadores o candidatos que no dispongan de la clasificación que en su caso corresponda al contrato acreditarán su solvencia económica y financiera con los siguientes criterios, requisitos mínimos y medios de acreditación:

a) El criterio para la acreditación de la solvencia económica y financiera será el volumen 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 una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año.

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. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil." En el mismo sentido el artículo 11.4.a del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, (RGLCAP) aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, conforme al cual *"(…) El volumen anual de negocios del licitador o candidato se acreditará por medio de sus*

1 Estima de aplicación el artículo 76.3 de la L30/1992 para aquellos casos en los que el solicitante no haya presentado la documentación en el plazo otorgado para el requerimiento de conformidad a lo dispuesto en el artículo 71.de dicha norma, pero sí antes de haber recaído la resolución por la que se le tiene decaída en su derecho, y ello con arreglo al principio antiformalista que preside el procedimiento administrativo común y al principio de impulso de oficio y de celeridad así como por la necesaria interpretación restrictiva del desistimiento.

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. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil".

Como mera aclaración, la presentación de las cuentas anuales no equivale a su depósito, extremo que debe resolverse a la luz de lo dispuesto en los artículos 367 y ss. del Reglamento del Registro Mercantil (RRM)que determinan que la mera presentación de las cuentas en el Registro únicamente da lugar al asiento de presentación en el Libro Diario, mientras que es la actuación calificadora del Registrador la que da lugar a la inscripción en el Libro de depósito de cuentas, siendo así, que únicamente tras el examen por el Registrador se tendrá por efectuado el depósito.

A efectos de la publicidad del depósito de las cuentas frente a terceros (como en este caso es la Administración), en aplicación de lo dispuesto en los artículos 369 y 370 del RRM, es el Registrador el que da fe del cumplimiento de los requisitos sustantivos establecidos en la norma, extremo que termina de configurar el régimen de acreditación de solvencia económica, al menos en relación con las sociedades mercantiles, en los términos previstos en el referido artículo 11.4.a del RGLCAP.

Por ello, conviene no llevarse a equívocos, dado que el propio recurrente reconoce que cuando se recibe la notificación de exclusión, fue cuando solicita "*con carácter inmediato la certificación del depósito de las cuentas anuales de los ejercicios 2019, 2020 y 2021 de forma presencial en el Registro Mercantil, a fecha 24 de abril de 2023".* Es decir, admite que no podía acreditar tener el requisito dentro del plazo de presentación de proposiciones, con incumplimiento del artículo 140.4 LCSP. Pues bien, no puede confundirse requisito de solvencia -volumen de negocios- con medio de acreditación -legalización de los libros de cuentas acreditativos de tal volumen de negocio en el Registro Mercantil-, y como tal medio de acreditación éste debía existir antes de que finalizase el plazo para la presentación de proposiciones

Sobre este análisis, cabe traer a colación la Resolución 747/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que termina concluyendo 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 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*".

Ese motivo de fehaciencia es el plus que aporta el depósito de las cuentas, quedando con ello contestado a lo que el recurrente alega cuando interesa la aplicación de los fundamentos contenidos en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº 1258/2021, de 25 de octubre de 2021, respecto a que el depósito de las cuentas anuales no atribuye presunción alguna de veracidad o validez a dichas cuentas, dado que como se ha explicado no es esa la finalidad de la exigencia del precepto de la LCSP.

Finalmente, debemos remitirnos a nuestra Resolución 152/2019, con relación a que el pliego es "lex contractus", conforme al art. 139 LCSP, dado que la misma señala que "*la recurrente no aportó la documentación tal y como exigía el PCAP en su Anexo XV(…)".*

La misma Resolución, en el sentido expuesto anteriormente menciona además (…)*"exige 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 otro lado, debe considerarse igualmente el hecho de que ahora se aporten dichos documentos con el recurso especial también. Sobre la aportación en vía de recurso de información o documentación que no fue presentada en el momento procedimental oportuno este Tribunal ha señalado en numerosas resoluciones, valga por todas la Resolución 119/2020, de 21 de mayo, y 138/2021, de 15 de abril, en las que se cita la 386/2019, de 14 de noviembre, que *«Igualmente hay que indicar que la posibilidad de subsanar, modificar o completar la documentación en vía de recurso es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia. En este sentido, como ya ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas las Resoluciones 218/2018, de 13 de julio y 257/2018, de 19 de septiembre, o la reciente Resolución 233/2019, de 16 de julio, el recurso especial en materia de contratación no puede ser un instrumento para subsanar los defectos en la documentación presentada por las entidades licitadoras en el procedimiento de adjudicación ya que no es ese su fin, en tanto que se trata de una vía para reparar las infracciones del ordenamiento jurídico en que incurran los poderes adjudicadores en los procedimientos de contratación dentro de su ámbito de actuación definido en el artículo 44 de la LCSP».*

Finalmente, respecto de esta primera alegación no puede prosperar lo que contrario se expresa cuando se dice que interesa a su vez la aplicación del principio de proporcionalidad, señalando que si no se presentó en el momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas se debió a una causa exógena a su voluntad porque las cuentas no estaban auditadas pues no puede olvidarse que el anexo señala que el volumen anual de negocios debía estar referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos ejercicios disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades de la persona licitadora y de presentación de ofertas.

Por ello este motivo del recurso especial debe desestimarse.

En cuanto a la segunda de las alegaciones, que no resulta contestada por parte del órgano de contratación, se presentan documentos a efectos de probar que, en una licitación anterior, con idénticas cláusulas se habría admitido por el órgano de contratación la oferta de la entidad recurrente habiendo sido adjudicataria, y habiéndose formalizado el contrato, a pesar de haber presentado los mismos documentos por los que ahora se ha estimado que no se habría cumplido.

Es decir, no se contesta por el órgano de contratación motivadamente a lo alegado por la entidad recurrente, en el sentido de adverar ese precedente, conforme al artículo 35.1 c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo Común de las Administraciones Públicas. Si bien se acompañan resoluciones que supondrían indicios de ello, dado que es obvio que a dicha fecha no tendrían aún el depósito de las cuentas, no se puede comprobar lo que alega la recurrente por no constar el presente expediente, ni tampoco poder ser valorado a los efectos de este recurso. En cualquier caso, de las resoluciones acompañadas con el recurso no se realiza una consideración o juicio de legalidad de dichos documentos que suponga una obligación de motivar un cambio de criterio. Ello no obsta que sea cierto lo que la entidad recurrente alega, lo cual sin embargo no es, ni puede ser objeto de este recurso.

Estimando que los documentos presentados no fueron los pertinentes conforme al artículo 140.4 LCSP y conforme al PCAP, si fuera cierto la formalización de los contratos citados, y únicamente a mayor abundamiento, se considera por el Tribunal que no puede invocarse una aplicación igualitaria de la Ley partiendo del incumplimiento de las normas como presupuesto. La alegación de la existencia de caso similar con criterio distinto no permite la extensión automática de tal regla, pues la única pauta a seguir por la Administración es la de la legalidad y no la del precedente o inercia de errores. Como se ha dicho por la jurisprudencia *«es sabido que el precedente solo puede prosperar si el mismo se ha producido dentro de la legalidad, y ello sin perjuicio de la posibilidad que tiene la Administración de apartarse del precedente haciéndolo de forma suficientemente motivada, motivación que en este caso viene obligada por la sujeción de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, lo que excluye la actuación arbitraria o discriminatoria» (STS de 5 de diciembre de 2018, rec. 1910/2016).".*

Igualmente, a mayor abundamiento, dada la importancia de lo alegado y solo en el hipotético supuesto de que fuera cierto, debe considerarse que el principio de legalidad obliga a la Administración a reaccionar de oficio frente a cualquiera de sus actos o actuaciones que contradigan al ordenamiento jurídico, con el fin de adecuarlos a éste. Este deber de ajuste permanente a la legalidad cuando se trata de la revisión o anulación de los actos administrativos inválidos que han creado o reconocido derechos a favor de terceros que se encuentran además en posesión y disfrute de los mismos, debe realizarse con los requisitos y limitaciones a que está sometida la Administración para ejercer esa revisión y dejar sin efecto tales actos. En este sentido, el apartado 1 del art. 106 LPACAP establece el régimen de esta técnica en los siguientes términos: *"1. Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1".*

En consecuencia, con fundamento en las consideraciones realizadas, procede desestimar el recurso.

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 **ENTERPRISE FORMACION CONTINUA S.L.** contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Servicios para la impartición de acciones formativas específicas de formación profesional para el empleo, dirigidas prioritariamente a personas desempleadas, para la docencia de la formación profesional para el empleo de Andalucía, modalidad presencial", lote 15, (Expte. ADM/2021/0032 (CONTR/2021/1077314), promovido por la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo de la Junta de Andalucía por los motivos señalados en el fundamento de Derecho sexto.

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 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.