Recurso 246/2023
Resolución 274/2023
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 **SERVIPRES SERVICIOS EMPRESARIALES S.L.U.** (en adelante **INAFE**) 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 el Diario Oficial de la Unión Europea y en perfil de contratante de 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. 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 10 de mayo de 2023, se recibió 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. La documentación no fue recibida en este Tribunal hasta 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 sin que se hayan presentado.

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 la 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 decimotercera sesión de la mesa de contratación de 29 de marzo de 2023 contiene la propuesta de exclusión que posteriormente es confirmada con la resolución de exclusión de 17 de abril, basan su exclusión con relación a 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:

"LOTE N.º 15: SERVIPRES SERVICIOS EMPRESARIALES, S.L.U.
En cuanto a los documentos que acreditan la solvencia económica y financiera (Cláusula 10.7.2.c y Anexo XIV del PCAP), o alternativamente Registro de Licitadores:
En este apartado la entidad licitadora ha vuelto a presentar un listado de estados contables y acuse de recibo del Registro Mercantil de Huelva, pero no la certificación acreditativa del depósito de las cuentas anuales, correspondientes a cualquiera de los ejercicios 2018, 2019 ó 2020, con fecha anterior al día en el que finalizó el plazo de presentación de ofertas para este contrato.
Tampoco se acredita la solvencia económica y financiera mediante el patrimonio neto, según el balance correspondiente al último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobar las cuentas anuales, de conformidad con lo establecido en el Anexo XIV del PCAP.
En consecuencia, la Mesa acuerda proponer al órgano de contratación la exclusión de la entidad licitadora SERVIPRES SERVICIOS EMPRESARIALES, S.L.U. del procedimiento para el lote n.º 15. Y asimismo, ante la ausencia de ofertas de otras entidades licitadoras, acuerda trasladar la propuesta a dicho órgano de contratación para declarar desierto el citado lote.".

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Estima que "*según los Pliegos de cláusulas administrativas particulares en la Cláusula 10.7.2 y Anexo XIV donde dice «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.»., es presentada la documentación suficiente probatoria sobre la solvencia económica y financiera, ya que se acredita presentado las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil de Huelva tal y como se exige en dichos Pliegos y el Modelo 200 presentado y su justificante ante el Ministerio de Hacienda".*

Señala que *"el defecto por el que La Mesa de Contratación decimotercera sesión, acuerda declarar desierto el citado lote , sobre la no certificación acreditativa del depósito de las cuentas anuales, es un error subsanable y que no deja en evidencia que INAFE no cumpla con la solvencia económica y financiera exigida, además INAFE ha manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos en todo momento con los PCAP, presentando el acuse de recibo del Registro Mercantil de Huelva y aportando toda la documentación que tiene en su poder.*

En definitiva, de lo expuesto se concluye INAFE no debe de quedar excluida del procedimiento de licitación para el lote nº15 ya que se presenta documentación suficiente que acredita la solvencia económica y financiera y de esta forma no declarar desierto el citado lote".

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

Examinada la notificación de exclusión por el mismo adjunta al recurso especial, el motivo de la exclusión 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 es acompañado de tal documentación, de ninguna evidencia de que ese hubiera acompañado dicha documentación en el momento procedimental oportuno al que se refiere la cláusula 9.2.1. Más bien la recurrente reconoce que la documentación aportada se presentó para su depósito con posterioridad a la celebración de la sesión de la mesa que propuso su exclusión, el 29 de marzo.

Solicita una interpretación antiformalista, es decir que se revise la actuación de la mesa de contratación, la cual tras el requerimiento de subsanación constató que las cuentas anuales no disponían del número de registro del depósito de las cuentas anuales aprobadas efectuado por el Registrador Mercantil en el momento procedimental oportuno, es decir, no constaban en el momento al que se refiere dicha cláusula.

Al respecto, 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 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, también debe considerarse que 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, 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 87.3 de la LCSP.

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 anteriores de forma presencial en el Registro Mercantil. 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".*

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. 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».*

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 **SERVIPRES SERVICIOS EMPRESARIALES S.L.U. (INAFE)** 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.