Recurso 290/2023
Resolución 333/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 16 de junio de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ICA SISTEMAS Y SEGURIDAD, S.L.** contra el acuerdo de exclusión de su oferta de fecha 8 de mayo de 2023 en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Solución Integral de ciberseguridad para el Ayuntamiento de Benalmádena de acuerdo con el Anexo 1.B. de PCAP y conforme a lo previsto en el PPT", (Expte. 2022/0036519A), lote 3, promovido por Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 8 de febrero de 2023, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y el día 5 de febrero de 2023 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Con fecha 6 de febrero de 2023, 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 321.151,77 euros.

Durante la tramitación de la licitación se ha notificado el 15 de mayo de 2023 a la entidad recurrente su exclusión.

SEGUNDO. El 31 de mayo de 2023, tuvo entrada en el Registro Electrónico Estatal dirigido al órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación contra dicha exclusión, interpuesto por la entidad recurrente. El 2 de junio de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el citado recurso con su expediente y el informe al mismo. Hasta el día 5 de junio de 2023 no fue remitido el listado de licitadores.

Se realizó trámite de alegaciones, no habiéndose presentado ninguna al término de plazo establecido.

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, toda vez que el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

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 3 de un contrato mixto de servicios y suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública; 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, pues fue notificada la exclusión el día 15 de mayo de 2023.

QUINTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el anuncio de licitación, en el que consta que se trata de un proyecto cofinanciado por la Unión Europea, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que lo tendrán siempre que *"se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos"*.

SEXTO. Alegaciones de las partes.

Señala la cláusula 7 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) relativa a la capacidad y solvencia del empresario que "*Sólo podrán contratar con el Ayuntamiento las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional.*
Los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional, así como los medios y documentación para su acreditación serán los exigidos en el Anexo Nº 4."

El anexo IV del PCAP señala por otro lado que en cuanto a los "*requisitos y medios de acreditación de solvencia económica y financiera"* que el medio será acreditar la cifra de negocios a través del:

"Volumen anual de negocios referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas. Por importe igual o superior a una vez y media del valor estimado medio del contrato (si el valor estimado no contempla más de un año, se aplicará el valor estimado del contrato).
El presente criterio se aplicará en relación con cada uno de los lotes. Cuando un empresario sea adjudicatario de varios lotes, el umbral exigido será la suma del indicado en cada lote, por tanto, la solvencia económica requerida será la siguiente:

Lote 1: valor estimado 21.000,00 € X 1,5= 31.500,00 €
Lote 2: valor estimado 39.669,42 € X 1,5= 59.504,13 €
Lote 3: valor estimado 240.482,35€: el valor estimado medio del contrato es 80.160,78€ X 1,5= 120.241,17 €
Lote 4: valor estimado 20.000,00 € X 1,5= 30.000,00 €

DOCUMENTOS ACREDITATIVOS ADMISIBLES:
Cuando se trate de sociedades o empresarios inscritos en el Registro Mercantil, mediante cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil.
Cuando se trate de empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil, mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.
En ambos casos, se admitirá también como forma alternativa, mediante declaración tributaria presentada ante la Agencia Tributaria del modelo tributario 347 o del modelo 390".

El acta de 8 de mayo de 2023 recoge la aprobación del acta de 2 de mayo de 2023. En dicha acta se recogía lo siguiente:

"Tras la revisión de la misma, la Mesa acuerda, por unanimidad, que la documentación aportada, relativa, tanto a la solvencia económica, como a la solvencia técnica requerida, no es correcta:

"1. Solvencia económica: debe acreditarse de conformidad con lo previsto en el anexo 4.1 del PCAP, esto es:

> *"DOCUMENTOS ACREDITATIVOS ADMISIBLES:*
>
> *Cuando se trate de sociedades o empresarios inscritos en el Registro Mercantil, mediante cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil.*
>
> *Cuando se trate de empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil, mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.*
>
> *En ambos casos, se admitirá también como forma alternativa, mediante declaración tributaria presentada ante la Agencia Tributaria del modelo tributario 347 o del modelo 390."*
>
> *No siendo suficiente, por tanto, la declaración responsable aportada.*

2. Solvencia técnica: debe acreditarse con certificados correspondientes a contratos de suministros, debiendo atender a los tres primeros dígitos del CPV principal de este lote, de acuerdo con el anexo 4.2, y puesto que, de conformidad con el anexo 1.B del PCAP, la prestación principal de este lote, es la relativa a la prestación de suministros.

Por otro lado, se comprueba Informe Técnico emitido, con fecha 14/04/23, por la Tesorería de esta Entidad, en el que se certifica la no existencia de deudas del licitador propuesto como adjudicatario del Lote nº3 con esta Hacienda Municipal."

Se le requería por un plazo de tres días naturales para su subsanación. De este modo, tras la revisión de la documentación aportada por la recurrente, concluye finalmente que la solvencia económica no es correcta. Así señala que *" la documentación relativa a la solvencia técnica es correcta, por cuanto queda constatada con el Certificado del Ayuntamiento de Alcorcón, de fecha 09/01/2023. No obstante, la solvencia económica no se acredita conforme a lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en concreto, en su anexo 4.1, ya que*

no presenta el depósito de las cuentas anuales, como así dispone el mismo, al recoger como documento acreditativo admisible las "cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil".

Finalmente en el acta de la sesión de 8 de mayo de 2023 se recoge que: "*Tras la revisión de la documentación aportada por los licitadores requeridos, la Mesa acuerda:*

"Excluir al licitador ICA SISTEMAS Y SEGURIDAD, S.L., NIF: Bxx55xxx1, frente al Lote nº3, al entender que ha retirado su oferta, de acuerdo con la cláusula 13.3.2 del PCAP, así como de acuerdo con el artículo 150.2 LCSP; proponiendo, de otro lado, al órgano de contratación, la adjudicación de este Lote número 3 al siguiente licitador(…)".

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Estima que presentaron los documentos requeridos "*presentó las cuentas anuales del ejercicio 2021 aprobadas por la Junta General de Socios de dicha compañía, junto con una certificación expedida el 21 de marzo de 2022 por el Registro Mercantil de Madrid según la cual esas cuentas anuales "fueron presentadas el día veintiuno de marzo de dos mil veintidós en el diario 40, asiento 15526.*

Como documento número 4, se adjuntan las cuentas anuales del ejercicio 2021 que se presentaron a la Mesa de Contratación, así como la certificación del Registro Mercantil de Madrid que también presentó a la Mesa de Contratación, para acreditar que dichas cuentas anuales habían sido depositadas en el Registro Mercantil. Como documento número 5, se adjunta el justificante de presentación de la documentación anteriormente referida, donde claramente queda reflejado que el 3 de mayo de 2023, a las 11.38 horas, ICA SISTEMAS Y SEGURIDAD, S.L. presentó el documento (…) (además de otro documento relativo a la solvencia técnica), que es el documento adjuntado a este escrito como documento número 4".

Estima que sí "*que presentó esas cuentas anuales aprobadas por la Junta General de Socios y depositadas en el Registro Mercantil*".

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Señala que la mesa *"en ningún momento ha declarado que no haya recibido documentación alguna"*. Asimismo señala que "*no se manifiesta en que las cuentas anuales presentadas no sean acordes con los criterios que se establecen en el PCAP, en cuanto al volumen anual cifra de negocio se refiere".* Por último, que "*la exclusión del licitador recurrente porque no se acredita que las cuentas anuales estén efectivamente depositadas, lo cual, se prueba con el documento pertinente que demuestra que se ha realizado el depósito; lo que presenta el interesado es el certificado en el que consta que las cuentas fueron presentadas para ser depositadas, esto es, que se ha solicitado ese depósito, lo que no da lugar al depósito automático. Por ello, la documentación que presenta para acreditar el mismo es incorrecta".*

Estima que la entidad recurrente "*no ha comprendido correctamente el contenido del anexo 4 del PCAP, en el que se recoge la forma de acreditar la solvencia, tanto económica como técnica. Tanto es así, que, tras recibir la documentación previa a la adjudicación, se comprueba por la Mesa que no han aportado la documentación como así se expresa en el mencionado anexo, concediéndole el plazo establecido para la oportuna subsanación.*
Como consecuencia, se pone de manifiesto que el recurrente ha tenido dos oportunidades, de acuerdo con la normativa de aplicación, para presentar la documentación correctamente:
1. Ante el requerimiento de la documentación previa a la adjudicación.
2. Ante el requerimiento de subsanación realizado.
(…)".

Estima se "*ha actuado adecuadamente excluyendo al licitador sociedad (…) compartiendo el criterio del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en resoluciones tales como la nº 76/2022 (…)".*

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

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

El PCAP 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.

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 acompañados al escrito de recurso especial, de ellos no se deriva ninguna evidencia de que se hubiera acompañado dicha documentación en el momento procedimental oportuno al que se refiere la cláusula del pliego anteriormente reproducida. Figura en el documento número 4 el siguiente tenor del certificado del Registro Mercantil:

"COMUNICACIÓN DE ASIENTO DE PRESENTACIÓN EL REGISTRADOR MERCANTIL que suscribe CERTIFICA que las cuentas anuales con número de entrada 2/2022/617602,0 correspondientes a la sociedad ICA SISTEMAS Y SEGURIDAD SL fueron ***presentadas***[1] *el día el día veintiuno de marzo de dos mil veintidós en el diario 40, asiento 15526".*

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

[1] La negrita es nuestra

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.

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.”*.

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 **ICA SISTEMAS Y SEGURIDAD, S.L.** contra el acuerdo de exclusión de su oferta de fecha 8 de mayo de 2023 en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Solución Integral de ciberseguridad para el Ayuntamiento de Benalmádena de acuerdo con el Anexo 1.B. de PCAP y conforme a lo previsto en el PPT", (Expte. 2022/0036519A), lote, promovido por Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga), por los motivos señalados en el fundamento de Derecho séptimo.

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.