

Recurso 190/2016**Resolución 226/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 23 de septiembre de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERHOCA, S.L.** contra el acuerdo de la Mesa de contratación, de 1 de agosto de 2016, por el que se declara su exclusión del procedimiento de licitación en relación al contrato denominado “Gestión del servicio público de comedor en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación en la modalidad de concesión” (Expediente 00048/ISE/2016/SC), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 4 de junio de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó el 16 de junio de 2016 en el Boletín Oficial del Estado núm. 145 y el 6 de junio de de 2016, en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



Posteriormente, con fecha 10 de junio de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea corrección de los errores advertidos en la licitación, ampliando el plazo de presentación de ofertas hasta el 15 de julio de 2016. Esta corrección fue asimismo publicada en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía con fecha 28 de junio de 2016 y, el 29 de junio de 2016, en el Boletín Oficial del Estado núm. 156.

El valor estimado del contrato asciende a 151.318.748,58 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley (en adelante Real Decreto 817/2009) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en su redacción dada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto.

TERCERO. El día 26 de julio de 2016, la Mesa de contratación se constituye para el examen de la documentación administrativa (Sobre nº 1), acordando respecto de la empresa SERHOCA, S.L., la subsanación de parte de la documentación presentada y entre esta, la documentación acreditativa de la solvencia económico-financiera.

Mediante fax de 27 de julio de 2016, la Secretaría de la Mesa de contratación requirió a la citada empresa para que, antes de la 11:00 horas del día 1 de agosto de 2016, presentara la documentación indicada.

CUARTO. El día 1 de agosto de 2016, la Mesa de contratación acuerda, a la vista de la documentación aportada por la recurrente, la exclusión de la misma del procedimiento de licitación por no haber subsanado correctamente la documentación



requerida antes mencionada. Dicho acuerdo fue notificado a la empresa SERHOCA, S.L., mediante fax, el día 1 de agosto de 2016.

QUINTO. Con fecha 5 de agosto de 2016, se presentó en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por SERHOCA, S.L. contra el acuerdo de exclusión mencionado en el antecedente previo.

Asimismo, y con igual fecha, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito presentado por SERHOCA, S.L. solicitando la adopción de medidas provisionales dirigidas a la suspensión del procedimiento de licitación.

SEXTO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal, de 8 de agosto de 2016, se dio traslado del recurso al órgano de contratación solicitándole el expediente de contratación, informe sobre el recurso, las oportunas alegaciones sobre la medida provisional de suspensión instada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La citada documentación fue recibida en el Registro de este Tribunal el pasado 10 de agosto de 2016.

SÉPTIMO. Por la Secretaría del Tribunal, con fecha 10 de agosto de 2016, se solicita a SERHOCA, S.L. que aporte determinada documentación para la subsanación de su escrito de interposición del recurso. Dicha documentación fue remitida por la citada recurrente teniendo entrada en este Tribunal el mismo 10 de agosto de 2016.

OCTAVO. Con fecha 12 de agosto de 2016, se solicita al órgano de contratación que remita el listado de licitadores que hubiesen participado en el procedimiento de adjudicación.

Una vez recibida la citada documentación, con fecha 12 de julio de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentaran las alegaciones que



estimaran oportunas, resultando que no se ha recibido ninguna en el plazo concedido para ello.

NOVENO. Por este Tribunal, en Resolución de 18 de agosto de 2016, se acuerda la adopción de la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 de TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos y contratos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

Según la cláusula segunda del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), el contrato tiene por objeto la gestión del servicio público de comedor escolar en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación. El valor estimado del contrato es de 151.318.748,58 euros, y tiene un plazo de ejecución de 2



años más dos de prórroga, sin que duración total del mismo, incluida la prórroga, pueda exceder de 4 años.

Hay que indicar que a la fecha de publicación de la licitación -4 de junio de 2016- ya había vencido el plazo de transposición a nuestro Ordenamiento jurídico de la Directiva 23/2014/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, siendo de aplicación determinadas previsiones de la Directiva, aún no traspuesta. Pues bien, hemos de señalar que esta nueva directiva considera como concesiones de servicios aquellos contratos que tengan por objeto los servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV de la misma, siempre que el importe del valor estimado sea igual o superior a 5.225.000 euros.

Así, y con independencia de su calificación como contrato de servicios o de concesión de servicios, circunstancia que no es objeto de debate, estamos en presencia de un contrato sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, susceptible de recurso especial.

Por tanto, el recurso se habría interpuesto contra el acto de exclusión de la recurrente en el procedimiento de adjudicación de un contrato sujeto a regulación armonizada que pretende ser concertado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, siendo procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido en los artículos 40.1 a) y 40.2 b) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 b) del TRLCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

b) Cuando (el recurso) se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del



procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”

En el supuesto concreto, el acuerdo de exclusión impugnado se notifica a la recurrente el 1 de agosto de 2016 y el recurso especial contra dicho acto se presenta el 5 de agosto de 2016 en el Registro de este Tribunal, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal expresado.

QUINTO. Examinados los requisitos de admisión del recurso, procede analizar ahora los motivos en que el mismo se sustenta que se dirigen a combatir el acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de contratación, en su sesión de 1 de agosto de 2016, en el que se manifestó lo siguiente: *“SERHOCA, S.L.. No subsana correctamente la documentación requerida. No se acredita la solvencia económica prevista en el PCAP, ya que la documentación presentada es incompleta, y no se acompaña del modelo normalizado de las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil.”*

La recurrente solicita la anulación del acuerdo de la Mesa de contratación por el que se la excluye de la licitación y que sea admitida de nuevo en el procedimiento, al haber presentado en tiempo y forma la subsanación de documentación suficiente según lo dispuesto en el Anexo II-A del PCAP, entendiéndose que la Mesa ha incurrido en varios errores en la valoración de la documentación por ella presentada.

En primer lugar, señala la recurrente que las cuentas anuales presentadas se corresponden con las firmadas por los administradores y aprobadas en Junta de accionistas, con el Plan General Contable y con las presentadas en el Registro Mercantil.

Añade, además, que ni en el requerimiento de documentación a subsanar, ni en el Anexo II-A se solicitan en modelo normalizado, y tampoco se indicaba que estuvieran incompletas, por lo que entendió que se volvían a solicitar las cuentas con el



resguardo del depósito mercantil y con el certificado de que la Junta, para la aprobación de las cuentas de 2015, no se había celebrado.

En segundo lugar, manifiesta la recurrente que el hecho de que el acuerdo de exclusión indique que la documentación presentada es incompleta, sin especificar dicho extremo, y causando una manifiesta indefensión a SERHOCA, supone una ruptura con los principios de los contratos de Administración. Asimismo, señala que ha tenido un trato discriminatorio ya que en la subsanación no se informó que la documentación presentada en el Sobre 1 estaba incompleta, y no se solicitaban las cuentas anuales en formato normalizado.

Por último, alega la recurrente que se ha producido un error manifiesto ya que lo que se exige en el PCAP es justificar la solvencia económico-financiera y para la valoración de dicha solvencia económica el pliego es taxativo, pidiendo acreditar que el importe de su patrimonio neto supere el importe mínimo establecido en la legislación mercantil para no incurrir en causa de disolución y que el volumen anual de negocios de la persona licitadora referido al año de mayor volumen de Negocios de los tres últimos concluidos deberá ser al menos el 50% del presupuesto total de licitación IVA no incluido de los lotes a los que concurra. De todo ello, la recurrente recoge en su escrito una serie de datos que, según ella, acreditan este extremo.

Por todo ello considera la recurrente que, según la documentación aportada tras el requerimiento de subsanación, la oferta debe ser aceptada al haberse acreditado los requisitos de solvencia económica y financiera establecidos en el PCAP, pues la documentación presentada se había presentado con anterioridad en el Sobre 1 y no se se pidió subsanación para corregir el supuesto defecto de forma, sino que se requirió la aportación de las cuentas generales de 2015 y, en su defecto, el certificado de no obligatoriedad de presentarlas y presentar las de 2014 con el correspondiente justificante de registro en el Registro Mercantil.

Por su parte, expone el órgano de contratación en su informe que atendiendo al requerimiento de subsanación efectuado por parte de la Mesa de contratación a la



recurrente, no hay duda de que lo que se está solicitando son las cuentas y el depósito de las mismas en el Registro Mercantil, requisito este que no se cumple ya que las cuentas anuales depositadas siguen sin presentarse tras el plazo de subsanación, señalando que la referencia al modelo normalizado se refiere a la forma en la que habitualmente se muestran las cuentas una vez depositadas en el Registro Mercantil con su huella digital o firma de depósito.

En segundo lugar, manifiesta el órgano de contratación que en ningún caso se considera que se hayan vulnerado ninguno de los principios que rigen la contratación, pues el hecho de que se haya pedido subsanación constituye una evidencia en la igualdad de trato y no discriminación. Señala que no se le informa de que la documentación está incompleta pues la subsanación iba dirigida a solicitar una documentación diferente a la aportada, ya que la presentada no aclaraba lo pretendido por la Mesa de contratación. Además, concluye este punto indicando que la referencia a que la documentación estaba incompleta se refiere al balance de cuentas que presenta en el plazo de subsanación que, aunque no se aportaron de manera completa, no es el punto principal que se analiza.

Finaliza el órgano de contratación manifestando que, dado que el pliego es la norma que rige el contrato y su contenido vincula a las partes, en el Anexo II-A PCAP se establece con gran claridad que la acreditación de la solvencia económica (basándose en el volumen anual de negocios o en el patrimonio neto) *se llevará a cabo a través de las cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil (o Registro oficial correspondiente o, caso de empresarios individuales no inscritos en el Registro mercantil [...]).*

Además de ello, señala que este requisito se pide de esta forma, conforme establece el artículo 11.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, entendiéndose que la mera presentación de las cuentas no es suficiente para entender cumplido el requisito de depósito de acuerdo con lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil, y como el propio recurrente reconoce, lo que se



ha aportado es precisamente este certificado de registro de presentación de las cuentas en el Registro Mercantil.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo del asunto. La cuestión de fondo sobre la que se plantea el recurso es determinar si fue correcta la actuación de la Mesa de contratación en cuanto a la concreta subsanación requerida a la recurrente, relativa a la solvencia económica y si, en consecuencia, resulta procedente o desproporcionada la exclusión del licitador.

Como hemos visto, entiende la recurrente que la documentación presentada por ella cumple con lo establecido en el PCAP para acreditar la solvencia económica o financiera. Señala, asimismo, que el requerimiento de documentación no era adecuado, pues en lugar de solicitar la subsanación de la documentación presentada, se solicitó la presentación de otra documentación.

Por ello, hemos de estar a lo dispuesto en el PCAP con respecto a la forma de acreditación de la solvencia económica y financiera. Al respecto, el PCAP establece lo siguiente:

“9.2.1. Sobre nº 1. Título: Documentación acreditativa de los requisitos previos.

(...)

b) Cumplimiento de los requisitos previos de la licitación (Clausula 8, letra f)

b.1 Documentos que acreditan la solvencia económica y financiera, y técnica o profesional.

La citada solvencia deberá acreditarse mediante los medios de admisión y conforme a los criterios fijados en el ANEXO II A y ANEXO II B por el órgano de contratación. Se considerará que la persona licitadora tiene solvencia económica o financiera, y técnica o profesional, si cumple con los criterios que se señalan en el citado anexo.

Por otra parte, el Anexo II-A del PCAP, “*SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA (SOBRE 1)*”, recoge que:



“La solvencia económica y financiera se acreditará mediante la aportación de los documentos a que se refieren el medio o los medios acumulativos que se señalan a continuación:

☑ Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.

(...)

☑ Patrimonio neto, o bien ratio entre activos y pasivos, al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.

En función de la documentación exigida en el apartado anterior, se considerará que la persona licitadora tiene solvencia económica y financiera si cumple con el criterio o los criterios que se señalan:

La acreditación de este medio se llevara a cabo a través de las cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil (o Registro Oficial correspondiente o, caso de empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil, libros inventarios y cuentas anuales legalizadas por el Registro Mercantil.)

Para las sociedades mercantiles

Criterio de selección:

a) Que del balance de las cuentas anuales aprobadas y presentadas en el Registro Mercantil correspondientes al último ejercicio finalizado, y, en su defecto, de las correspondientes al último ejercicio cuyo período de presentación haya finalizado, se deduzca que el importe de su patrimonio neto supere el importe mínimo establecido en la legislación mercantil para no incurrir en causa de disolución.

b) Además se exigirá que el volumen anual de negocios de la persona licitadora o candidata, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos el 50 % del presupuesto total de licitación (IVA NO INCLUIDO) de los lotes a los que concurra.



(...)”

Del contenido de la documentación obrante en el expediente se constata que, a los efectos de acreditar la solvencia económica y financiera exigida en el Anexo II-A del PCAP, en lo que aquí interesa, la empresa SERHOCA, S.L. aportó en el Sobre 1 las cuentas anuales del ejercicio 2014, junto con el resguardo de la solicitud de presentación en el Registro Mercantil de Jaén.

A la vista de esta documentación, la Mesa de contratación le requirió para que aportara, en trámite de subsanación *“(…)las cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, correspondientes al último ejercicio finalizado (2015), si la Junta General en la que se aprobaron estas cuentas, se hubiera celebrado con fecha anterior al 15 de junio de 2016. En caso contrario deberá acreditar de manera fehaciente la fecha de celebración de dicha Junta, y, en su defecto, deberá aportar las correspondientes al último ejercicio cuyo período de presentación haya finalizado (2014), donde se deduzca que el importe de su patrimonio neto supere el importe mínimo establecido en la legislación mercantil para no incurrir en causa de disolución. Además se exigirá que el volumen anual de negocios de la persona licitadora o candidata, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos, deberá ser al menos el 50 % del presupuesto total de licitación (IVA NO INCLUIDO) de los lotes a los que concurra.”*

Dentro del plazo concedido al efecto, la recurrente aportó de nuevo las cuentas anuales del ejercicio 2014 junto con el resguardo de la solicitud de presentación en el Registro Mercantil de Jaén, añadiendo, además, la justificación de que la Junta General Ordinaria, para la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2015, aun no se había celebrado, estando prevista para el mes de octubre de 2016.

Como resultado de este trámite considera la Mesa de contratación que *“(…)No se acredita la solvencia económica prevista en el PCAP, ya que la documentación*



presentada es incompleta, y no se acompaña del modelo normalizado de las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil.», lo que determinó su exclusión.

No obstante, como hemos visto, cuando la recurrente fue requerida para subsanar la documentación contenida en el Sobre 1 , no se le informó acerca de cuál o cuáles eran los defectos advertidos en la documentación presentada, sino que se utilizó una fórmula genérica para realizar el requerimiento en la cual no indicaba expresamente que las cuentas anuales aportadas se encontrasen incompletas o que estas no se acompañasen del modelo normalizado de las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil que, a la postre, fue lo que determinó su exclusión.

En definitiva, podemos concluir que el requerimiento efectuado por la Mesa de contratación, en los términos antes expuestos, no fue adecuado pues el mismo debió haber puesto de manifiesto las concretas deficiencias y haber precisado los aspectos a subsanar de la documentación aportada por la recurrente en su Sobre 1.

Por ello, considera este Tribunal que este incorrecto requerimiento de la Mesa de contratación, en el que no se hizo ninguna precisión concreta sobre los aspectos a subsanar en la documentación aportada por la recurrente en su sobre 1, origina la invalidez del mismo al no permitir a la recurrente conocer con claridad los aspectos que debía subsanar.

Así pues, a la vista de la falta de concreción de la documentación que se debía de subsanar, este Tribunal considera que el requerimiento de subsanación formulado por la Mesa no fue adecuado y por ende, tampoco lo es el acuerdo de exclusión, pues no se le ofreció la oportunidad de subsanar su documentación presentada en el Sobre 1, respecto a la solvencia económica y financiera, previo requerimiento de los concretos defectos u omisiones subsanables. De lo contrario -como ha ocurrido en el presente supuesto- se le está privando de la posibilidad de ejercer su derecho a subsanar la documentación administrativa presentada, conforme establece el citado artículo 81.2 del RGLCAP y la cláusula 10.2 del PCAP.



En consecuencia, con apoyo en todas las consideraciones realizadas, procede estimar la pretensión de la recurrente de anulación del acuerdo de exclusión impugnado, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al requerimiento de subsanación formulado, a fin de que por la Mesa de contratación se conceda a la recurrente, previo requerimiento de los concretos defectos u omisiones subsanables en su documentación presentada en el Sobre 1, la posibilidad de subsanar la documentación relativa a la acreditación de su solvencia económica y financiera, conforme a lo expuesto en este fundamento de derecho, con continuación del procedimiento de adjudicación, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERHOCA, S.L.** contra el acuerdo de la Mesa de contratación, de 1 de agosto de 2016, por el que se declara su exclusión del procedimiento de licitación en relación al contrato denominado “Gestión del servicio público de comedor en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación en la modalidad de concesión” (Expediente 00048/ISE/2016/SC), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, debiendo procederse como ha quedado expuesto en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal en Resolución de 18 de agosto de 2016.



TERCERO. Notificar la presente resolución a todos los interesados 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.

