

Recurso 218/2016**Resolución 262/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 20 de octubre de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ILUNION SALUD, S.A.** contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro y entrega de material específico para ayudas técnicas para alumnos con necesidades específicas derivadas de discapacidades”, promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, adscrita a la Consejería de Educación (Expte. 00033/ISE/2016/SC), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 2 de julio 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 anuncio fue publicado el 12 de julio de 2016 en el Boletín Oficial del Estado núm. 167 y el 4 de julio de 2016, en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 1.295.169,30 euros.



SEGUNDO. La presente licitación se ha llevado a cabo de conformidad con la tramitación prevista en 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, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

TERCERO. En la sesión de 19 de agosto de 2016, la Mesa de contratación acordó, tras el trámite de subsanación pertinente, excluir a la empresa ILUNION SALUD, S.A. del procedimiento de adjudicación (lotes 6, 7 y 9) por no aportar las cuentas depositadas en el Registro mercantil correspondientes al último ejercicio finalizado. Posteriormente, advertido error en el acta en cuanto a los lotes en que operaba la exclusión, el 25 de agosto de 2016 se aprueba una nueva acta donde se hace constar que los lotes afectados por la exclusión son los siguientes: 2, 6, 7 y 9.

Tanto el acuerdo de exclusión como su posterior corrección fueron notificados a ILUNION SALUD, S.A. mediante escritos de 19 y 25 de agosto de 2016, respectivamente, si bien no consta en el expediente la fecha de recepción de los mismos por parte de aquella entidad.

CUARTO. El 5 de septiembre de 2016, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por ILUNION SALUD, S.A. (ILUNION, en adelante) contra su exclusión de la licitación.

El 8 de septiembre de 2016, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal oficio del órgano de contratación por el que se da traslado del recurso interpuesto, así como del expediente de contratación, informe al recurso, alegaciones sobre la medida provisional de suspensión solicitada y listado de licitadores en el procedimiento.



QUINTO. Mediante escritos de 27 de septiembre de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado la entidad ORTOPEdia QUERALTÓ, S.L.

SEXTO. El 29 de septiembre de 2016, este Tribunal dictó resolución adoptando la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, 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 del TRLCSP.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación en los términos previstos en el artículo 40 del TRLCSP.

El recurso se ha interpuesto contra el acto de exclusión de la recurrente en el procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende ser concertado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que resulta procedente el recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1.a) y 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.*

a) (...)

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 analizado, no consta la fecha de notificación del acuerdo impugnado. No obstante, aun cuando tomáramos como fecha inicial en el cómputo del plazo la del propio acuerdo impugnado -19 de agosto de 2016-, el recurso especial se habría interpuesto dentro del plazo legal expresado, toda vez que el mismo se presentó en el Registro del órgano de contratación el pasado 5 de septiembre de 2016.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

ILUNION solicita la anulación del acuerdo de la Mesa de contratación por el que se la excluye del procedimiento. En tal sentido, en la sesión de 12 de agosto de 2016 la Mesa de contratación acordó lo siguiente respecto a la documentación acreditativa de los requisitos previos aportada por aquella entidad: *«Solvencia económica: aportar 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) correspondientes al último ejercicio finalizado (2015), si la Junta General en la que se aprobaron estas cuentas se hubiera celebrado con fecha anterior al 08 de julio 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 periodo 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 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 70% del valor estimado del contrato de los lotes a los que concurra.»

Asimismo, al considerar subsanable la incidencia expuesta, la Mesa de contratación concedió un plazo de subsanación a ILUNION, si bien en la sesión de 19 de agosto de 2016 acordó la exclusión de esta entidad, por no aportar las cuentas depositadas en el Registro mercantil correspondiente al último ejercicio finalizado.

Pues bien, frente a este acuerdo de exclusión se alza ILUNION en su escrito de recurso esgrimiendo que el órgano de contratación ha infringido lo dispuesto en el apartado 9.2.1 b) del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que, a su vez, remite al Anexo II-A donde se señala lo siguiente:

«La solvencia económica y financiera se acreditará mediante la aportación de los documentos a que se refieren los dos medios que se señalan a continuación:

Medio 1: 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.

Medio 2: 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.



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

La acreditación 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, libros, inventarios y cuentas anuales legalizadas por el Registro Mercantil)

Para las sociedades mercantiles y asimiladas:

- 1. Se exigirá que el importe del patrimonio neto que se desprende del balance de situación incluido en las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil correspondientes al último ejercicio económico finalizado supere el valor mínimo establecido en la legislación mercantil para no incurrir en causa de disolución.*
- 2. Además se exigirá que el volumen anual de negocios de la persona licitadora, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos sea al menos el 70% del valor estimado del contrato de los lotes a los que concurra (...) »*

La recurrente aduce, en síntesis, que aportó el informe de auditoría en el que consta el balance de situación y el de cuenta de pérdidas y ganancias -suficientes para conocer la solvencia económica- y también presentó el acuse de recibo del Registro Mercantil donde viene claramente «CTAS 2015».

A su juicio, ha aportado la documentación exigida, siendo la cuestión suscitada meramente formal y no de fondo, pues ha sido excluida al quedar pendiente el documento registrado telemáticamente en el Registro Mercantil. Considera que tal decisión es excesivamente formalista y contraria al principio de concurrencia.

Por su parte, en el informe al recurso el órgano de contratación alega, en síntesis, que el Anexo II-A del PCAP exige que la solvencia económica se acredite a través de las cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, mientras que la recurrente ha presentado las cuentas aprobadas con el acuse de recibo del citado Registro, no



constituyendo dicho acuse documento acreditativo de que dichas cuentas sean las depositadas. Asimismo, el órgano de contratación considera que la certificación del contenido del Registro es la única vía posible para acreditar que las cuentas anuales presentadas a verificación por parte de la Administración son las que legalmente figuran depositadas en el Registro y concluye que no se ha dado un trato discriminatorio o desigual a la recurrente ya que la documentación exigida ha sido la misma para todos los licitadores, dándose la oportunidad de subsanar a todos los que se han encontrado en estas circunstancias.

Finalmente, en términos parecidos al órgano de contratación formula sus alegaciones al recurso la entidad ORTOPEDIA QUERALTÓ, S.L.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión de fondo que se circunscribe a si fue o no correcta la exclusión de ILUNION por presentar, tras el trámite de subsanación concedido, las cuentas anuales de 2015 con el acuse de recibo del Registro Mercantil, en lugar de las cuentas depositadas tal y como exigía en el Anexo II-A del PCAP y se le requirió en el plazo de subsanación conferido al efecto.

Pues bien, ya hemos visto que 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.

Sobre esta cuestión es de sobra conocida la doctrina de este Tribunal acerca de la cualidad de *lex contractus* de los pliegos, una vez que adquieren firmeza (v.g. Resolución 164/2016, de 14 de julio, entre otras muchas), criterio este que también se había venido y se viene sosteniendo por la jurisprudencia. Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001 ya afirmaba que « (...) *el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía (...)*»

Asimismo, no puede sostenerse que el requisito del depósito de las cuentas sea una exigencia puramente formal. El artículo 368 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de junio, bajo la rúbrica «*Calificación e inscripción del depósito*» dispone que «*1. Dentro del plazo establecido en este Reglamento, el Registrador calificará exclusivamente, bajo su responsabilidad, si los documentos presentados son los exigidos por la Ley, si están debidamente aprobados por la Junta general o por los socios, así como si constan las preceptivas firmas de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2º del apartado 1 del artículo 366.*



2. Verificado el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el artículo anterior, el Registrador tendrá por efectuado el depósito, practicando el correspondiente asiento en el Libro de depósito de cuentas y en la hoja abierta a la sociedad. El Registrador hará constar también esta circunstancia al pie de la solicitud, que quedará a disposición de los interesados.

3. En caso de que no procediere el depósito, se estará a lo establecido para los títulos defectuosos.»

Del precepto transcrito se desprende que la actuación calificadora del registrador, que conduce a la inscripción en el Libro de depósito de cuentas, da fe del cumplimiento de los requisitos sustantivos establecidos en dicho artículo reglamentario, por lo que aquella actuación no es en modo alguno equiparable a la mera presentación en el Registro que solo da lugar a un asiento de presentación en el Libro Diario.

En este sentido, como señala la Resolución 466/2016, de 17 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, invocada por el órgano de contratación en su informe al recurso, *«(...) Solo existe a nuestro juicio una interpretación posible al hecho de que tanto el redactor del Reglamento de la LCAP como el redactor del pliego hayan mencionado las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil. Si la finalidad del requisito era acreditar exclusivamente el cumplimiento aritmético del requisito no hubiera sido necesario aludir al depósito de las cuentas.*

Lo que ocurre es que lo que se exige es una condición añadida de fehaciencia, de modo que la administración pueda actuar investida de un notable grado de seguridad jurídica que alianza que las cuentas estén, no sólo presentadas, sino depositadas en el Registro con lo que ello conlleva.»

Por tanto, en el supuesto analizado, resulta claro que el órgano de contratación ha pretendido, al redactar el pliego, gozar del suficiente grado de seguridad a la hora de determinar si los licitadores acreditan la solvencia económica y financiera exigida. Y



tal propósito o finalidad no se vería satisfecha con la mera presentación de las cuentas en el Registro Mercantil pues, como hemos dicho, tal actuación solo da lugar a un asiento de presentación en el libro Diario, sin que la misma determine calificación registral alguna.

Es más, tal finalidad es la que ha perseguido el legislador reglamentario con la nueva redacción del artículo 11.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, conforme a la cual *«Para los contratos no sujetos al requisito de clasificación y no exentos del requisito de acreditación de la solvencia económica y financiera o de la solvencia técnica o profesional, 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, técnica y profesional por 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 »

Así pues, por cuanto se ha argumentado, el recurso debe desestimarse al ser adecuado el acuerdo de exclusión impugnado por no haber presentado la recurrente las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil, tal y como exigía el PCAP en su Anexo II-A.

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 **ILUNION SALUD, S.A.** contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro y entrega de material específico para ayudas técnicas para alumnos con necesidades específicas derivadas de discapacidades”, promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, adscrita a la Consejería de Educación (Expte. 00033/ISE/2016/SC).

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 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento adoptada por resolución de este Tribunal de 29 de septiembre de 2016.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

