

**Recurso 1/2017****Resolución 7/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 20 de enero de 2017

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 7 de diciembre de 2016, por el que se declara su exclusión del procedimiento de licitación en relación al contrato denominado “Servicio de apoyo y asistencia escolar al alumnado con necesidades especiales educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos de la Provincia de Córdoba dependientes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía” (Expediente 00103/ISE/2016/CO), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, ente instrumental adscrito a la Consejería de Educación, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente:

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 7 de octubre 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 24



de octubre de 2016 en el Boletín Oficial del Estado núm. 257 y el 7 de octubre de 2016, en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 2.759.814,00 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 el 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.

**TERCERO.** Con fecha 7 de diciembre de 2016 la mesa de contratación acuerda excluir del procedimiento a la entidad EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A. (EULEN en adelante). Dicho acuerdo de la mesa fue notificado a la entidad ahora recurrente por fax de fecha 7 de octubre de 2016, publicándose el mismo día en el perfil de contratante.

**CUARTO.** El 28 de diciembre de 2016 tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad EULEN contra el citado acuerdo de exclusión de la mesa de contratación.

**QUINTO.** El citado recurso fue remitido el 4 de enero de 2017 a los Servicios Centrales de la Agencia Pública Andaluza de Educación y es el 10 de enero de 2017, cuando tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el citado recurso y el expediente correspondiente remitido por el órgano de contratación.

**SEXTO.** Con fecha 10 de enero de 2017, 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 presentasen las alegaciones que estimaran oportunas, no



habiéndose presentado ninguna en el plazo señalado.

**SÉPTIMO.** Por este Tribunal en Resolución, de 10 de enero de 2017, se acuerda la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios citado en el encabezamiento de la presente resolución, 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 licitadora 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.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, siendo su valor estimado de 2.759.814,00 euros, y constituyendo el objeto del recurso la exclusión del procedimiento, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del 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.*

*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 7 de diciembre de 2016 y el recurso especial contra dicho acto se presenta el 28 de diciembre de 2016 en el Registro del órgano de contratación, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal expresado.

**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar el motivo en que el mismo se sustenta que no es sino la exclusión de la recurrente del procedimiento de adjudicación por no acreditar la solvencia económica requerida en el PCAP.

Con carácter previo, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación las actuaciones, entre otros órganos, de la mesa de contratación desde su constitución para el examen de la documentación administrativa hasta el acuerdo de exclusión que ahora se recurre.

El día 1 de diciembre de 2016 , la mesa de contratación se constituye para el examen de la documentación administrativa (sobre nº 1), acordando respecto de la empresa EULEN, la subsanación de parte de la documentación presentada y, entre esta, la acreditativa de la solvencia económico-financiera *“en los términos establecidos en el PCAP, apartado b) del Anexo II-A”*



Mediante fax de 1 de diciembre de 2016, la secretaría de la mesa de contratación requirió a la citada empresa para que, antes de la 14:00 horas del 7 de diciembre de 2016, presentara la documentación indicada.

El 5 de diciembre presenta la documentación de subsanación requerida y el 7 de diciembre de 2016, la mesa de contratación acuerda, a la vista de la documentación aportada por EULEN, la exclusión de la misma del procedimiento de licitación por no haber subsanado correctamente la documentación requerida. Dicho acuerdo le fue notificado, mediante fax el mismo día.

Frente a dicha exclusión EULEN interpone recurso alegando la falta de motivación de la resolución de exclusión porque entiende que ha subsanado lo que le requirió la mesa de contratación y aportó las cuentas depositadas en el Registro Mercantil y el importe recogido en cada uno de los tres últimos ejercicios (169 millones, 163 millones y 170 millones de euros).

Frente a ello el órgano de contratación indica en su informe al recurso que fue excluido porque la documentación que aporta la recurrente como subsanación es:

- Declaración responsable de volumen anual de negocios
- Fotocopia de un testimonio e informe de auditoría de la empresa KPMG S.L. de carácter privado correspondiente al año 2015.

Por tanto, la cuestión está en determinar si la recurrente acreditó o no su solvencia económica con la documentación que aportó y por tanto, si fue correcta o no su exclusión.



**SEXO.** En primer lugar, respecto al alegato de falta de motivación de la exclusión en base a que en la citada resolución solo se indicaba que “*no aporta las cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil en los términos establecidos en el pliego*”, sin concretar el defecto que se advierte en la documentación presentada, hay que indicar que el defecto advertido por el órgano de contratación en la citada

documentación es el mismo que se comunica, esto es, la falta de presentación de las citadas cuentas, sin que la exclusión se base en un motivo diferente al que se le comunicó, por lo que carece de apoyo dicho alegato como ahora se verá.

La cuestión de fondo parte del análisis de la documentación que presentó la recurrente como subsanación de su solvencia económica.

Establece el PCAP en su Anexo II-A, respecto de la solvencia económica y financiera en lo que aquí interesa lo siguiente:

*“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.*

*θ (...).*

*] 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”.

Pues bien, conforme al citado Anexo II-A las sociedades mercantiles han de aportar las cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil del último ejercicio finalizado -o, en su defecto, del último ejercicio cuyo período de presentación haya finalizado-, para poder comprobar por la mesa de contratación si los licitadores cumplen con la exigencia del pliego en cuanto a patrimonio neto, y de ese último ejercicio y de los dos anteriores (de los tres últimos concluidos dispone el pliego) con objeto de poder comprobar si por los licitadores se cumple con el volumen anual de negocios exigido.

EULEN aportó tres documentos:

- Un acuse de recibo de registro de entrada de cuentas de ejercicio de 2015
- Dos documentos con n.º de entrada en el Registro Mercantil de Madrid, correspondientes a los ejercicios 2013 y 2014, sin firma ni rúbrica, ni autógrafa ni electrónica o digital.
- Una fotocopia de testimonio e informe de auditoría de la empresa auditora KPMG S.L., de carácter privado, correspondientes a los ejercicios 2013, 2014 y 2015.

Dicha documentación fue la misma que aportó en el sobre n.º 1 , respecto a la cual se le pidió subsanación y según el órgano de contratación, además, se le comunicó verbalmente cuando se le requirió la subsanación que dichos documentos no servían



para acreditar la solvencia siendo necesaria la aportación de las cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil en su modelo normalizado.

De lo anterior se infiere que la recurrente ha sido excluida porque no queda acreditado, a juicio de la mesa de contratación, que las cuentas anuales aportadas sean las presentadas y depositadas en el Registro Mercantil.

Sobre el particular, este Tribunal ha podido comprobar, de la documentación remitida, que como alega el órgano de contratación en su informe al recurso EULEN aportó únicamente un acuse de recibo de registro de entrada de cuentas de ejercicio de 2015 y dos documentos con n.º de entrada pero sin sello de entrada en el Registro Mercantil de Madrid, correspondientes a los ejercicios 2013 y 2014, sin firma ni rúbrica, ni autógrafa ni electrónica o digital y una fotocopia de testimonio e informe de auditoría de la empresa auditora KPMG S.L., de carácter privado, correspondientes a los ejercicios 2013, 2014 y 2015, pero no adjunta las cuentas en formato normalizado y la acreditación de su depósito mediante cualquiera de los medios acreditativos de la misma (nota simple, certificación en papel, certificación telemática del Registro Mercantil o certificado del Registro de Licitadores), por lo que no acredita que esas sean las que efectivamente están presentadas y depositadas, sino solo auditadas por la auditora KPMG, S.L..

Ha de tenerse en cuenta que el depósito de las cuentas anuales se regula en los artículos 365 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio. En concreto, el artículo 368 dispone lo siguiente:

*“Calificación e inscripción del depósito*

*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”.*

Así pues, de lo anterior se infiere que el depósito de las cuentas anuales no es una simple actuación formal que se cumple con el acto de presentación y entrega al Registro Mercantil, que es lo que aporta la recurrente, sino una actuación de carácter sustantivo que exige el cumplimiento de unos trámites internos por parte del Registro Mercantil. De tal forma que cuando el órgano de contratación en los pliegos requiere el que las cuentas además de presentadas estén depositadas exige una condición añadida de fehaciencia, esto es la seguridad jurídica que supone que las cuentas estén, no solo presentadas, sino depositadas en el Registro con lo que ello conlleva.

En este sentido se ha manifestado recientemente este Tribunal en varias resoluciones como la Resolución 262/2016, de 20 de octubre y la 305/2016, de 2 de diciembre, así como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 466/2016, de 17 de junio, en la que señala que “(...) esta exigencia no es baladí. Ciertamente cuando el legislador establece este procedimiento de calificación jurídica de los títulos presentados no lo hace pensando en que tienen un efecto puramente formal. Por el contrario, la actuación del Registrador acredita el cumplimiento de las condiciones de acceso al Registro Mercantil y, lo que es más importante, la certificación del contenido del Registro, en sus diferentes formas, es la única vía posible para acreditar que las cuentas anuales que se presentan a verificación por parte de la Administración son las que legalmente figuran depositadas en el Registro.

*Si el legislador no hubiera considerado este requisito como fundamental no habría establecido este sistema de constancia registral y tampoco hubiera exigido en el*



*Reglamento de la LCAP que las cuentas que se presentasen fueran las depositadas en el Registro Mercantil.*

*En la documentación aportada en el seno del procedimiento de selección de los contratistas la recurrente no ha aportado la documentación tal como es exigida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que interpretado en términos jurídicos exige no sólo 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. Eso es lo que implica la exigencia del depósito de las cuentas anuales y eso es lo que el recurrente incumplió respecto de la documentación que ha aportado”.*

Por tanto, si la recurrente no ha cumplido con la condición exigida en el PCAP de que las cuentas anuales han de estar aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, su exclusión ha de considerarse como correcta. En consecuencia, procede, desestimar en su integridad el recurso interpuesto.

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 **EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 7 de diciembre de 2016, por el que se declara su exclusión del procedimiento de licitación en relación al contrato denominado “Servicio de apoyo y asistencia escolar al alumnado con necesidades especiales educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos de la Provincia de Córdoba dependientes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía” (Expediente 00103/ISE/2016/CO), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, ente instrumental adscrito a la Consejería de Educación.



**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 TRLCSP.

**TERCERO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada mediante resolución de este Tribunal de 10 de enero de 2017.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a 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.

