

Recurso 350/2023
Resolución 394/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 11 de agosto de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GESTIÓN DE PROYECTOS DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, S.L.**, contra la exclusión de su oferta a los lotes 3 y 4 el pasado 4 de julio de 2023 en el procedimiento de adjudicación del contrato «Servicio para desarrollar en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, acciones de reskilling y upskilling, en el marco del componente 20 I1 “Plan Estratégico de Impulso de la Formación Profesional” para la formación de cualificación y recualificación de la población activa, vinculada a cualificaciones profesionales en sectores estratégicos, cuidado de las personas y zonas en riesgo de despoblación», (Expte. MRR/UPSKILLING-RESKILLING/2022 (CONTR/2022/858419)), tramitado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 19 de enero de 2023, 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 25.798.652,44 euros.

SEGUNDO. El 26 de julio de 2023, se recibió en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GESTIÓN DE PROYECTOS DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, S.L.** (en adelante la recurrente) contra la exclusión de su oferta a los lotes 3 y 4 de la licitación.

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 se ha recibido en este Tribunal el 1 de agosto de 2023.

Por último, el 3 de agosto de 2023, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido.

Mediante Resolución de 4 de agosto de 2023, este Tribunal acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

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 los lotes 3 y 4 del 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 a los lotes 3 y 4 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.

Aun cuando la recurrente dice interponer su recurso contra la propuesta de exclusión de su oferta al lote 3 y 4, de acuerdo con lo dispuesto en el acta de la sesión de la mesa de contratación celebrada el día 4 de julio de 2023, en la que consta que *“la Mesa de Contratación acuerda proponer la exclusión del licitador GESTIÓN DE PROYECTOS DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, SL para los Lotes 3 y 4”* se debe entender como se ha indicado que el acto recurrido es la exclusión, ya que, a continuación, la mesa procede a una nueva clasificación y a elevar al órgano de contratación las propuestas de las mejores ofertas en cada uno de dichos lotes, excluyendo implícitamente las ofertas de la recurrente.

Por otra parte, se debe considerar que la exclusión de los licitadores que no acrediten el cumplimiento de los requisitos previos, como sucede en el presente supuesto, es competencia de la mesa de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 326.2 de la LCSP:

“2. La mesa de contratación, como órgano de asistencia técnica especializada, ejercerá las siguientes funciones, entre otras que se le atribuyan en esta Ley y en su desarrollo reglamentario:

a) La calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación.”

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso contra la resolución de exclusión impugnada, aunque no consta que el acto recurrido fuera notificado a la recurrente, el recurso presentado el 26 de julio de 2023 se ha interpuesto en el plazo estipulado en el artículo 50.1 c) de la LCSP, a contar a partir del día 6 de julio de 2023 en que afirma haber tenido conocimiento de la misma, presentando el mismo día escrito de alegaciones a la mesa de contratación en el que solicita la corrección del error que a su juicio ha provocado la exclusión ahora recurrida



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 Anexo I del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), de tal modo que de acuerdo con 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, la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues éste 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.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

En la sesión celebrada el 4 de julio de 2023, a la que había sido propuesta adjudicataria, tras analizar la documentación que la recurrente había aportado en respuesta a la solicitud de subsanación de la documentación previa a la adjudicación, la mesa de contratación *“determina que la entidad no ha aportado correctamente toda la documentación previa a la adjudicación solicitada; y no lo ha hecho, en lo que atañe a su solvencia económica y financiera, ni tras el requerimiento inicial ni tampoco tras el requerimiento de subsanación efectuado con posterioridad. En tal sentido, la Mesa considera que el licitador incurre en la falta de aportación de una documentación por dos veces requerida ante la que no cabe ya una ‘subsanación de la subsanación’; actuación proscrita en la normativa contractual, fundamentalmente en aras de preservar el principio de igualdad de trato entre los licitadores preconizado en los artículos 1 y 132 de la LCSP, tal y como se encarga de subrayar la Resolución 335/2023, de 16 de junio de 2023, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. En consecuencia, conforme a lo establecido en la cláusula 10.7 del PCAP y lo dispuesto en el artículo 150.2 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, la Mesa de Contratación acuerda proponer la exclusión del licitador GESTIÓN DE PROYECTOS DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, SL para los Lotes 3 y 4.”*

Frente a ello la recurrente interpone el recurso especial solicitando *“no ha lugar a dicha exclusión, debiendo mantenerse a GESTIÓN DE PROYECTOS DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, S.L., como licitadora en los Lotes 3 y 4 del contrato de referencia, y de esta forma se acuerde:*

- Ordenar al órgano de contratación que, retrotrayendo el procedimiento de contratación, este proceda a dictar resolución de adjudicación en los Lotes 3 y 4 a favor de GESTIÓN DE PROYECTOS DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, S.L.

- Subsidiariamente, ordenar que, retrotrayendo el procedimiento de contratación, se proceda a dar plazo a GESTIÓN DE PROYECTOS DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, S.L., para que justifique adecuadamente la solvencia económica y financiera en los Lotes 3 y 4, previo requerimiento de la Mesa de contratación donde se aclare suficientemente la documentación solicitada.

Con declaración de nulidad o anulación de los trámites realizados por la Mesa de contratación y por el órgano de contratación con posterioridad a la propuesta de exclusión de GESTIÓN DE PROYECTOS DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, S.L., de la licitación de los Lotes 3 y 4.”

La recurrente, aunque reconoce su error al presentar la documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera, mantiene que *“viene propiciado por dos motivos achacables únicamente a la Mesa de contratación:*



1.- La aceptación de la Mesa de contratación de la misma documentación de solvencia económica y financiera para el Lote 2 que, sin embargo, no va a ser posteriormente aceptada para los Lotes 3 y 4.

2.- El hecho de que el requerimiento de subsanación de la Mesa de contratación no pida expresamente un certificado del propio Registrador Mercantil en el que conste que este ha examinado y calificado el depósito de las cuentas, sino únicamente un certificado de depósito.”.

Así, considera que, habiendo presentado “en fase de subsanación, un documento que certificaba la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales 2021, aunque no obstante no había aportado el certificado del Registrador Mercantil en el que consta que este ha examinado y calificado el depósito de las cuentas, que era el único que podía ser válido según el estricto criterio de la Mesa de contratación.

Este era un defecto formal, fácilmente reparable, como demuestra que, con el presente Recurso Especial, adjuntamos, como documento núm. 10, el certificado del Registro Mercantil de fecha 19 de octubre de 2022.”.

En consecuencia, alega que la petición de aclaración hubiera sido la solución más adecuada, proporcional y ajustada a derecho, aunque habiendo aportado en vía de recurso el certificado de depósito de las cuentas de 2021 que motivó la exclusión de su oferta a los lotes 3 y 4, solicita a este Tribunal que si considera que la documentación previa a la adjudicación está completa “en aras de la simplificación administrativa y de la rapidez en la gestión de los fondos NextGeneration, ese Tribunal Administrativo ordene al órgano de contratación que, retrotrayendo el procedimiento de contratación, proceda a dictar resolución de adjudicación en los Lotes 3 y 4 a favor de GESTIÓN DE PROYECTOS DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, S.L. Solo subsidiariamente solicitamos que se ordene al órgano de contratación que, retrotrayendo el procedimiento de contratación, se proceda a dar plazo a GPIC para que justifique adecuadamente la solvencia económica y financiera en los Lotes 3 y 4, previo requerimiento de la Mesa de contratación donde se aclare suficientemente la documentación solicitada.”.

Por otra parte la recurrente alega que “tanto desde el punto de lo injusto e innecesario de la radical decisión tomada como de las consecuencias económicas tanto para la empresa que represento como para la Hacienda de la Junta de Andalucía y para la eficaz gestión de los fondos NextGeneration a través del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), la decisión de la Mesa de contratación de excluir a GPIC vulnera el principio de proporcionalidad establecido por la jurisprudencia comunitaria.”.

Por último, afirma que “toda esta información, referida a las cuentas anuales 2021 de GPIC consta debidamente inscrita en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE)”, y, en consecuencia., considera que “la Mesa de contratación podría y debería haber intentado consultar los registros públicos de licitadores, comprobando que en el mismo se han inscrito las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2021, debidamente depositadas en el Registro Mercantil, antes de adoptar sin más el acuerdo de exclusión de GPIC en los Lotes 3 y 4.”.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En su informe al recurso, el órgano de contratación mantiene que procede la exclusión de la oferta de la recurrente a los lotes 3 y 4 por no haber subsanado correctamente la documentación previa a la adjudicación al no haber aportado el certificado del depósito de las cuentas de 2021 en el Registro Mercantil

Respecto a las alegaciones de la recurrente, muestra su desacuerdo con “la afirmación de que su exclusión ha venido motivada por un error propio, pero provocado por la Mesa de Contratación. En primer lugar, el defecto subsanable que la Mesa de Contratación apreció en su séptima sesión en relación con los Lotes n.º 3 y 4 quedaba expresa



y nítidamente recogido en el acta de dicha sesión con independencia de que, como el recurrente alega, las consideraciones de la Mesa en torno a su documentación presentada para el Lote n.º 2 (que nada tiene que ver con los lotes cuya exclusión se impugna) incluyeran un error por omisión en relación con su solvencia económica y financiera. Como se ha dicho, el defecto subsanable para los Lotes nº 3 y 4 en torno a la solvencia económica y financiera que incluía la documentación previa presentada por el licitador quedó nítidamente recogido en ese mismo acta.”.

Por otra parte, también rechaza “*el motivo de impugnación de la entidad recurrente, en el que, aun admitiendo su error, no solo pretende que la mesa le hubiese requerido documentación adicional a través de subsanación o aclaraciones antes de proceder a la exclusión de su oferta, sino que viene a exigir como un deber, que la mesa debería haber consultado los registros públicos de licitadores, trasladando con ello la responsabilidad de su error y empecinamiento a la mesa. Muy al contrario, dicha posibilidad es una potestad (“podrá...”)* de la mesa de contratación, prevista en el artículo 95 de la LCSP, que debe ser empleada cuando proceda aclarar algún extremo sobre la documentación aportada acreditando el cumplimiento de un requisito determinado y no cuando, como en el presente supuesto, con la documentación presentada no se acredita dicho cumplimiento, cual es la solvencia económica por la recurrente, quedando por lo tanto dicho precepto reservado para casos muy concretos y debiendo ser interpretado de forma restrictiva, al objeto de no vulnerar el principio de igualdad. Además, en el presente caso, una segunda subsanación, a juicio de este órgano, superaría los límites de lo que resulta apropiado pues vulneraría el principio de igualdad de trato y provocaría inseguridad jurídica en la tramitación del procedimiento de adjudicación. Y es que, en definitiva, siendo ambos requerimientos claros, expresos y completos, no cabe aclaración de ningún extremo, sino subsanar el requisito no acreditado, no pudiendo proceder una subsanación de la subsanación.”.

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

Expuestas las alegaciones de las partes, procede el análisis de la cuestión controvertida y que se circunscribe a determinar la procedencia de la exclusión de la recurrente a los lotes 3 y 4 tras el trámite de subsanación concedido, para lo que debemos tener en consideración las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento relacionadas con ella.

La recurrente presentó oferta a distintos lotes de la licitación, entre ellos a los lotes, 2, 3 y 4 en los que resultó propuesta adjudicataria, aunque solo los lotes 3 y 4 son objeto del presente recurso especial.

Por tanto, le fue requerida la documentación previa a la adjudicación mediante tres requerimientos, todos ellos en los siguientes términos, en lo que aquí interesa:

“Tras haberse reunido la Mesa de Contratación el día 24 de mayo de 2023 en sexta sesión, la Secretaría General Técnica de la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo ha resuelto con fecha 1 de junio de 2023, aceptar la Propuesta de Adjudicación para el contrato de referencia.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y la Cláusula 10.7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), se le requiere para que presente ante este Órgano de Contratación la documentación que se detalla en la Cláusula 10.7 del PCAP que rige la adjudicación del contrato de referencia.

Dicha documentación se presentará a través de SiREC - Portal de Licitación Electrónica de la Junta de Andalucía, en el plazo de 5 días hábiles. Conforme a la Disposición Adicional Decimoquinta de la LCSP el plazo se computará desde la fecha de envío de la notificación siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación, en caso contrario el plazo se computará desde la recepción de la notificación por la persona licitadora.



La persona licitadora que haya presentado la mejor oferta presentará copia electrónica, sea auténtica o no, de la documentación requerida, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 28.5 de la Ley 39/2015. En todo caso la persona licitadora será responsable de la veracidad de los documentos que presente. La documentación deberá aportarse en original o mediante copias que tengan carácter de auténticas o autenticadas conforme a la legislación vigente, a excepción de aquellos documentos que acrediten la constitución de la garantía definitiva, que deberán ser en todo caso originales.

La aportación del certificado expedido por el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Andalucía acompañada de una declaración expresa responsable, emitida por la persona licitadora o sus representantes con facultades que figuren en el Registro, relativa a la no alteración de los datos que constan en el mismo, podrá sustituir a la documentación contenida en las letras a), b), c), f), g) y h) del apartado 2 de la Cláusula 10.7 del PCAP, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 39/2011.

El referido certificado se expedirá electrónicamente. La incorporación del certificado al procedimiento se efectuará de oficio por la mesa o el órgano de contratación, solicitándolo directamente al Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Todo ello sin perjuicio de que las personas licitadoras deban presentar en todo caso la declaración responsable indicada en el párrafo anterior.

Asimismo, cuando la persona licitadora esté inscrita en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o figure en una base de datos nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, como un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación, y éstos sean accesibles de modo gratuito para los citados órganos, no estará obligada a presentar los documentos justificativos u otra prueba documental de los datos inscritos en los referidos lugares.

La documentación a presentar es la siguiente:

(...)

5. Documentos que acreditan la solvencia económica y financiera (Cláusula 10.7.2.c y Anexo XV del PCAP) o alternativamente Registro de Licitadores:

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 disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades de la persona licitadora y de presentación de ofertas por importe mínimo equivalente al 100 % del presupuesto base de licitación (IVA excluido) del lote. En el caso excepcional de adjudicarse a una única entidad dos lotes, se exigirá una vez y media el menor de los PBL (IVA excluido). Si se adjudicasen tres lotes se exigirá dos veces el menor de los PBL (IVA excluido). Si se adjudicasen cuatro lotes se exigirá dos veces y media el menor de los PBL (IVA excluido). Si se adjudicasen cinco lotes se exigirá tres veces el menor de los PBL (IVA excluido). Si se adjudicasen seis lotes se exigirá tres veces y medias el menor de los PBL (IVA excluido). Si se adjudicasen siete lotes se exigirá cuatro veces el menor de los PBL (IVA excluido).*

(...)

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 la persona licitadora estuviera inscrita en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrita. Las personas li-



licitadoras individuales no inscritas en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

- 2. En el caso de profesionales que no tengan la condición de empresarios o empresarias, justificación de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales, con indicación expresa de los riesgos cubiertos y de su plazo mínimo de vigencia o fecha de vencimiento, por un importe mínimo de lo estipulado en la siguiente tabla:*

(...)

La acreditación de este requisito se efectuará por medio de certificado expedido por la entidad aseguradora, en el que consten los importes y riesgos asegurados y la fecha de vencimiento del seguro, junto a un compromiso de su renovación o prórroga que garantice el mantenimiento de su cobertura durante la ejecución del contrato o mediante el documento de compromiso vinculante de suscripción, prórroga o renovación del seguro, en los casos en que proceda.

- 3. El patrimonio neto según el balance correspondiente al último ejercicio económico de las cuentas anuales aprobadas deberá superar el 20 % del importe del contrato.*

El patrimonio neto de la persona licitadora se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas correspondientes al último ejercicio para el que esté vencida la obligación de aprobar las cuentas anuales, y depositadas en el Registro Mercantil u oficial que corresponda; si no lo estuvieran, deben presentarlas acompañadas de la certificación de su aprobación por el órgano de administración competente. Las personas licitadoras individuales no inscritas en el Registro Mercantil deberán presentar sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.”

En la sesión celebrada el 13 de junio de 2023 la mesa de contratación procede al estudio y análisis de la documentación previa a la adjudicación presentada por la recurrente, con las siguientes conclusiones:

“- LOTE N.º 2 – GESTIÓN DE PROYECTOS DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, SL

- Documentos acreditativos de la personalidad y capacidad de la persona licitadora (Cláusula 10.7.2.a del PCAP).*
- El licitador presenta escritura pública en la que no queda acreditado que el objeto social de la empresa se encuadre en el ámbito de la formación. Debe acreditar mediante documento o escritura pública que, a fecha de presentación de ofertas, su objeto social incluye el sector de la formación y que, en consecuencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66.1 de la LCSP, las prestaciones del contrato están comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, son propios de la entidad licitadora.*
- Documentos que acreditan la solvencia técnica o profesional (Cláusula 10.7.2.c, Apartado 4.C del Anexo I y Anexo XVI del PCAP) o alternativamente Registro de Licitadores:*
- El licitador pretende acreditar la solvencia técnica exigida recurriendo a la capacidad de otras empresas, cuando en el DEUC aportado para este contrato en el Lote 1 declaraba que no tenía intención de integrar solvencia con otras empresas. Una de las empresas que refiere sí aparecía reseñada en su DEUC como subcontratista para este lote, pero no como entidad a la que recurrir para acreditar su solvencia. La Mesa de Contratación considera que se trata de un defecto no subsanable.*



- *Resguardo acreditativo de la constitución de la Garantía Definitiva (Cláusula 10.7.2.k del PCAP y Apartado 7 del Anexo I del PCAP).*
- *El licitador GESTIÓN DE PROYECTOS DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, SL aporta solicitud de constitución de garantía en forma de aval a nombre de otra empresa distinta, ACADEMIA FORVIDE. La Mesa de Contratación considera que se trata de un defecto no subsanable.*

Por todo lo anterior, la Mesa de Contratación determina que el licitador no ha aportado correctamente toda la documentación previa a la adjudicación requerida y, conforme a lo establecido en la cláusula 10.7 del PCAP y lo dispuesto en el artículo 150.2 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, acuerda proponer la exclusión del licitador GESTIÓN DE PROYECTOS DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, SL para el Lote 2.

(...)

- LOTES N.º 3 y 4 – GESTIÓN DE PROYECTOS DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, SL

(...)

- *Documentos que acreditan la solvencia económica y financiera (Cláusula 10.7.2.c y Anexo XV del PCAP) o alternativamente Registro de Licitadores*

La entidad únicamente aporta comunicación de asiento de presentación de las cuentas anuales pertenecientes al ejercicio 2021, sin que quede constancia del depósito de las mismas con anterioridad a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas para este contrato. En este sentido, es de aplicación lo establecido en el artículo 140.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, por el que “(...) las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”. Y a lo determinado en el Anexo XI del PCAP, que establece: “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”.

A este respecto se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 12/2022, de 14 de enero de 2022, que sería de aplicación por analogía al caso presente, al disponer lo siguiente: “(...) se requiere 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, de ahí la exigencia del depósito de las cuentas anuales”.

En consecuencia, y con objeto de determinar si la entidad dispone de solvencia económica y financiera suficiente conforme a lo establecido en el PCAP, la licitadora GESTIÓN DE PROYECTOS DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES SL deberá presentar certificación del depósito de las cuentas anuales de 2021 –de las cuales aporta únicamente comunicación de asiento de presentación-, o bien las cuentas anuales correspondientes a cualquiera de los ejercicios 2019 y 2020, mediante certificación acreditativa del Registro Mercantil, así como constancia fehaciente del depósito de las mismas; todo ello a fecha anterior a la de finalización del plazo de presentación de ofertas, conforme a lo establecido en el PCAP.

En su caso, de manera alternativa a lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el Anexo XIV apartado 2 del PCAP, con objeto de acreditar 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 aprobación de las cuentas anuales (dentro del plazo de presentación de ofertas), la entidad licitadora deberá presentar certificación de aprobación de sus cuentas anuales, expedida por el órgano de dirección o de administración competente, y necesariamente con la misma exigencia temporal dicha aprobación, esto es, con anterioridad a la finalización del plazo de presentación de ofertas para este contrato.”

Conforme a ello, a la recurrente se le requiere subsanación de la documentación previa a la adjudicación de los lotes 3 y 4, una vez que ha quedado excluida su oferta al lote 2. En lo que respecta a la acreditación de la solvencia económica y financiera el requerimiento se realiza en los siguientes términos:

“• Documentos que acreditan la solvencia económica y financiera (Cláusula 10.7.2.c y Anexo XV del PCAP) o alternativamente Registro de Licitadores

La entidad únicamente aporta comunicación de asiento de presentación de las cuentas anuales pertenecientes al ejercicio 2020, sin que quede constancia del depósito de las mismas con anterioridad a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas para este contrato.

En consecuencia, y con objeto de determinar si la entidad dispone de solvencia económica y financiera suficiente conforme a lo establecido en el PCAP, la licitadora GESTIÓN DE PROYECTOS DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES SL deberá presentar certificación del depósito de las cuentas anuales de 2021 –de las cuales aporta únicamente comunicación de asiento de presentación-, o bien las cuentas anuales correspondientes a cualquiera de los ejercicios 2019 y 2020, mediante certificación acreditativa del Registro Mercantil, así como constancia fehaciente del depósito de las mismas; todo ello a fecha anterior a la de finalización del plazo de presentación de ofertas, conforme a lo establecido en el PCAP.

En su caso, de manera alternativa a lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el Anexo XIV apartado 2 del PCAP, con objeto de acreditar 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 aprobación de las cuentas anuales (dentro del plazo de presentación de ofertas), la entidad licitadora deberá presentar certificación de aprobación de sus cuentas anuales, expedida por el órgano de dirección o de administración competente, y necesariamente con la misma exigencia temporal dicha aprobación, esto es, con anterioridad a la finalización del plazo de presentación de ofertas para este contrato.”.

Pues bien, en lo expuesto se puede observar que entre las causas de exclusión de la oferta de la recurrente al lote 2 no figura la acreditación de la solvencia económica y financiera. Ello, como alega la recurrente, pudo inducirle a error al aportar la documentación requerida en subsanación para la adjudicación de los lotes 3 y 4, al llevarle al convencimiento de que la documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera presentada para el lote 2 era correcta, así parece desprenderse de las actuaciones antes relacionadas.

Sin embargo, la ausencia de referencia a la acreditación de la solvencia económica y financiera entre las observaciones a la documentación previa a la adjudicación del lote 2 se debió a un error del que la mesa de contratación deja constancia en el acta de la sesión celebrada el 4 de julio, la misma en la que fue analizada la documentación presentada en subsanación y excluida su oferta a los lotes 3 y 4, como sigue:

“A continuación, el presidente comunica que con fecha 22 de junio de 2023 se firmó el acta de la séptima sesión. Teniendo todos los miembros de la Mesa conocimiento de dicha acta, se hacen constar errores detectados en la redacción de la misma cuya corrección se acuerda en los siguientes términos:

(...)



• En la página 8, entre las conclusiones sobre la documentación previa a la adjudicación referida al LOTE N.º 2 – GESTIÓN DE PROYECTOS DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, SL., se omitió por error la siguiente consideración acerca de la solvencia económica y financiera del licitador, que debe quedar incorporada al acta:

“Documentos que acreditan la solvencia económica y financiera (Cláusula 10.7.2.c y Anexo XV del PCAP) o alternativamente Registro de Licitadores:

La entidad únicamente aporta comunicación de asiento de presentación de las cuentas anuales pertenecientes al ejercicio 2021, sin que quede constancia del depósito de las mismas con anterioridad a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas para este contrato.

En este sentido, es de aplicación lo establecido en el artículo 140.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, por el que “(...) las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”. Y a lo determinado en el Anexo XI del PCAP, que establece: “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”.

A este respecto se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 12/2022, de 14 de enero de 2022, que sería de aplicación por analogía al caso presente, al disponer lo siguiente: “(...) se requiere 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, de ahí la exigencia del depósito de las cuentas anuales”.

Pues bien, se han de rechazar las alegaciones de la recurrente relativas a los defectos del requerimiento de subsanación, pues su contenido es acorde a la cláusula 10.7 y al anexo XV del PCAP, en cuanto expresamente se le indicaba que *“deberá presentar certificación del depósito de las cuentas anuales de 2021 –de las cuales aporta únicamente comunicación de asiento de presentación-, o bien las cuentas anuales correspondientes a cualquiera de los ejercicios 2019 y 2020, mediante certificación acreditativa del Registro Mercantil, así como constancia fehaciente del depósito de las mismas; todo ello a fecha anterior a la de finalización del plazo de presentación de ofertas, conforme a lo establecido en el PCAP.”*

No obstante, en relación a las alegaciones de la recurrente sobre la consulta del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE) por el órgano de contratación, se ha de estar a lo dispuesto en la cláusula 10.7.1 del PCAP, cuyo contenido fue reproducido en el requerimiento de la documentación previa a la adjudicación antes transcrito, en la que dispone que *“cuando la persona licitadora este inscrita en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o figure en una base de datos nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, como un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación, y estos sean accesibles de modo gratuito para los citados órganos, no estará obligada a presentar los documentos justificativos u otra prueba documental de los datos inscritos en los referidos lugares.”*

Como ya ha manifestado este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciones 113/2020, de 14 de mayo y 297/2020, de 8 de septiembre), los pliegos son la ley del contrato entre las partes que, una vez aprobados y acep-



tados por las licitadoras, vinculan tanto a éstas como al órgano de contratación redactor de sus cláusulas. En este sentido, ha de tenerse asimismo en cuenta que cuando el órgano de contratación, en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras -en este caso la acreditación de los requisitos previos a la adjudicación-, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las entidades licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que «*Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)*».

Como conclusión de cuanto antecede, siendo ya el PCAP un acto firme y consentido y al no constar impugnación de este en los extremos particulares que se analizan, el órgano de contratación ha de estar y pasar por su contenido.

Por tanto, en la presente licitación, si la recurrente se encuentra inscrita en el ROLECE, y en el mismo se encuentran inscritos los datos requeridos, no está obligada a presentar los documentos justificativos de estos, sino que, por el contrario, el órgano de contratación debe consultarlos, siendo su acceso gratuito.

Por último, ha de considerarse que la exclusión de la oferta de la recurrente a los lotes 3 y 4 es la opción más gravosa para la licitadora y, en el presente supuesto siendo las ofertas de la recurrente a los mismos las mejores ofertas, también para el interés público que debe perseguir el órgano de contratación. Por ello la decisión de exclusión de las ofertas debe adoptarse con total garantía y en el supuesto que nos ocupa con la seguridad de que la recurrente no acredita la solvencia económica y financiera exigida para los lotes 3 y 4.

Al respecto, este Tribunal considera que el error en la redacción del acta de la mesa de contratación de 13 de junio de 2023, omitiendo las consideraciones acerca de la acreditación de la solvencia económica y financiera referida al lote 2, pudo inducir a error en la aportación de la documentación requerida en subsanación de los lotes 3 y 4, no aportando entonces la acreditación del depósito de las cuentas de 2021 en el Registro Mercantil que acompaña al escrito de recurso, donde figuran estas depositadas a fecha 19 de octubre de 2022, siendo la fecha límite de presentación de ofertas el 20 de febrero de 2023.

Asimismo, se ha de entender que el órgano de contratación debió actuar conforme a lo dispuesto en la cláusula 10.7.1 del PCAP en cuanto a la acreditación de la solvencia económica de la recurrente con los datos que en su caso consten en el ROLECE si esta se encuentra inscrita en el mismo.

No obstante, no puede estimarse la petición principal de la recurrente en la que solicita que se ordene al órgano de contratación la retroacción del procedimiento para que dicte resolución de adjudicación a su favor en base a la documentación aportada por la recurrente en vía de recurso y que según consta en el expediente remitido no había sido aportada en fase de subsanación de la documentación previa a la adjudicación, puesto que no puede



tomarse en consideración ninguna documentación que la mesa de contratación no conoció, dado el carácter esencialmente revisor de este Tribunal.

En consecuencia, procede estimar parcialmente la petición subsidiaria de la recurrente a este Tribunal, anulando la exclusión de la recurrente de los lotes 3 y 4 de la licitación, para que por el órgano de contratación se proceda a retrotraer el procedimiento al momento de análisis de la documentación previa a la adjudicación de dichos lotes, debiendo, en su caso, consultar para ello los datos inscritos en el ROLECE a efectos de acreditar la solvencia económica y financiera exigida y, en el supuesto de que los datos necesarios para ello no estuvieran inscritos en dicho registro, solicitar debidamente a la recurrente la subsanación de la documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera.

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 **GESTIÓN DE PROYECTOS DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, S.L.**, contra la exclusión de su oferta a los lotes 3 y 4 el 4 de julio de 2023 en el procedimiento de adjudicación del contrato «Servicio para desarrollar en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, acciones de reskilling y upskilling, en el marco del componente 20 I1 “Plan Estratégico de Impulso de la Formación Profesional” para la formación de cualificación y recualificación de la población activa, vinculada a cualificaciones profesionales en sectores estratégicos, cuidado de las personas y zonas en riesgo de despoblación», (Expte. MRR/UPSKILLING-RESKILLING/2022 (CONTR/2022/858419)), tramitado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo, y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que se proceda conforme a lo dispuesto en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada mediante Resolución de este Tribunal de 4 de agosto de 2023.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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.

