

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 23 de noviembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil AFANDECOR S.L.U., contra el acuerdo de exclusión de su oferta para el lote 1 adoptado por la mesa de contratación de la Agencia Madrileña de Atención Social en la sesión celebrada el 2 de octubre 2023, en relación con el procedimiento de contratación “Suministro e instalación de toldos y pérgolas para diversos centros adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social (2 lotes)”, número de expediente (A/SUM-016411/2023), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados los días 13, 16 y 21 de junio de 2023, respectivamente en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, en el DOUE y en BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 266.315,95 euros y su plazo de duración será de 60 días.

Al lote impugnado (lote 1) de la licitación se presentaron tres licitadores.

Segundo.- Tras la apertura y calificación por la Mesa de contratación de la documentación relativa al cumplimiento de requisitos previos, en la sesión posterior celebrada por ese órgano el 7 de julio de 2023, se valoran las ofertas presentadas a ambos lotes y se propone la adjudicación del lote 1 a la mercantil EKIP, S.L.

Este licitador no resultó adjudicatario del referido lote, al entenderse en la sesión de la Mesa de fecha 4 de septiembre de 2023 que había retirado su oferta al lote 1, por no haber cumplimentado adecuadamente el requerimiento de presentación de documentación previa a la adjudicación. En esa misma sesión se propone la adjudicación del lote ahora impugnado a la mercantil recurrente, requiriéndosele la documentación previa a su adjudicación.

La Mesa, en sesión de 2 de octubre de 2023 califica la documentación de la recurrente y, en relación a la solvencia económica y financiera, acuerda lo siguiente:

“LOTE 1: AFANDECOR, S.L.: Observados defectos u omisiones en la documentación presentada, deberá subsanar de la siguiente forma:

4.1.- Acreditación de la solvencia económica y financiera, conforme al artículo 87.1 a) de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público:

El volumen de negocios se acreditará por medio de cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en este Registro y en caso contrario, por las depositadas en el registro oficial en el que deba estar inscrito.

De la documentación aportada por el contratista no se infiere que las cuentas anuales hayan sido depositadas en el Registro Mercantil, sino solo que han sido presentadas (en la comunicación de asiento de presentación del Registro Mercantil de Madrid aportada no consta el ejercicio de las cuentas anuales presentadas ni se

han aportado en la documentación dichas cuentas anuales). Deberá acreditar que las cuentas anuales aprobadas han sido depositadas en el Registro Mercantil, lo que podrá realizar mediante alguno de los medios de publicidad que establece el Real Decreto 1784/1996 de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, que son los siguientes: nota simple informativa del Registro Mercantil, certificación en papel del Registro Mercantil o certificación Telemática del Registro Mercantil.

En sesión celebrada por la Mesa el día 18 de octubre de 2023 se califica la documentación aportada por la recurrente en trámite de subsanación y se acuerda lo siguiente:

“Lote 1: AFANDECOR, S.L.: como acreditación de la solvencia económica-financiera conforme al artículo 87.1 a) de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP) presenta asiento de depósito de cuentas de 2022 (cierre ejercicio 31/12/2022) del Registro Mercantil de Madrid de fecha 09/09/2023, con código seguro de verificación (CSV): xxxxxxxxxxxxxx y huella digital. En un documento independiente presenta formulario de cuentas anuales de 2022, sin firma, sin huella digital y sin CSV, no pudiéndose establecer relación de trazabilidad de dicho documento con el asiento del Registro Mercantil de Madrid aportado, por lo que no se considera acreditada la solvencia económica financiera.

En el requerimiento de subsanación de documentación notificado se le indicaba los medios de acreditación del depósito de las cuentas en el Registro Mercantil, establecidos en el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil: Nota simple informativa del Registro Mercantil; certificación en papel del Registro Mercantil o Certificación Telemática del Registro Mercantil.

En cuanto a la documentación aportada como acreditación de la solvencia técnica o profesional, conforme al artículo 89.1 a) y e) de la LCSP se considera correcta. (...)

ACUERDA:

3.1. *Considerar que AFANDECOR S.L., ha retirado su oferta al lote 1, al no haber subsanado la documentación requerida, ya que no ha acreditado la solvencia económica-financiera, según la cláusula 15 del PCAP, conforme a lo especificado en el apartado 2 de la presente acta.*

(...)

3.3. *Proponer al órgano de contratación la adjudicación del lote 1 a la empresa XICLOPE VISIÓN DE FUTURO, S.L. (...).*

Ni en el expediente de contratación remitido por el órgano de contratación, ni en el Portal de Contratación, consta adjudicado el lote objeto de impugnación, siendo la última actuación publicada la de la Mesa de contratación en sesión de 14 de noviembre, que acuerda proponer declarar desierto el lote 1, al no haberse presentado ofertas admisibles al procedimiento de adjudicación de dicho lote, pues el tercer licitador no aportó la documentación conforme a lo requerido.

Tercero.- El 27 de octubre de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de AFANDECOR, S.L., en el que solicita la anulación del acuerdo de la Mesa por la que se considera retirada su oferta al lote 1. Se solicita asimismo la medida cautelar de suspensión de la tramitación del lote impugnado.

El 2 de noviembre de 2023, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), solicitando su desestimación.

Cuarto.- No se pronuncia este Tribunal sobre la medida cautelar solicitada al entrar directamente a la resolución del recurso, atendiendo asimismo a la propuesta de declaración de desierto que afecta a la licitación.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación del lote 1, que pretende la anulación de su exclusión y, por tanto, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Especial análisis merece el plazo de interposición del recurso, pues si bien la recurrente menciona que el objeto de su impugnación es el acuerdo de la Mesa adoptado en sesión de 2 de octubre de 2023, lo cierto es que en aquella sesión se califica su documentación como incompleta y se da trámite de subsanación, no siendo hasta la sesión de 18 de octubre el momento en el que, calificada la documentación aportada en trámite de subsanación, se acuerda la exclusión de la recurrente por entender retirada su oferta. Por otro lado, en su escrito se hace referencia a la notificación efectuada el 20 de octubre, fecha en que se notifica el acuerdo adoptado por la Mesa el día 18, por lo que el recurso, interpuesto en este Tribunal el día 27 de

octubre de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles desde la notificación y publicación en el Portal, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP, se entiende presentado en tiempo y forma.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios, por lotes, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso, la controversia se suscita en torno al cumplimiento de la solvencia económica y financiera por parte de la recurrente, la cual fue excluida pues, a juicio de la Mesa, no resultó adecuadamente acreditada, pues como ya se ha recogido en los antecedentes fácticos, consideraba la Mesa que no podía establecerse relación de trazabilidad de las cuentas presentadas con el asiento de su depósito en el Registro Mercantil de Madrid.

Señala la recurrente en su escrito de impugnación que aportó, tras el requerimiento de subsanación, los siguientes documentos: Asiento de presentación de las Cuentas Anuales de 2022, con C.S.V. xxxxxxxxxx, depósito de Cuentas Anuales de 2022, con huella digital, y documento de Cuentas Anuales de 2022. Alega que en el requerimiento de subsanación no se les solicitó documentación que permitiera realizar ninguna clase de trazabilidad, sino que debía aportarse justificante de que las cuentas anuales fueron depositadas, así como el contenido de las mismas, lo cual fue cumplimentado por esa parte. Y defiende que el archivo presentado en formato PDF que contiene las Cuentas Anuales de 2022 se genera junto al acuse de presentación y depósito de cuentas anuales por defecto, constituyendo de por sí un documento de origen “oficial”, en el sentido que se genera una vez presentado el archivo con formato XML en la sede electrónica del Registro Mercantil, concluyendo que si no se hubieran presentado las cuentas anuales, ese fichero no se habría generado.

Por otro lado, la recurrente aporta, en vía de recurso, certificado de cuentas anuales firmado y certificado de huella digital, que permiten la trazabilidad y cotejo con aquellos presentados en fase de subsanación.

Por su parte, el órgano de contratación, informa que la recurrente, tras el requerimiento inicial de presentación de documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera, presentó comunicación de asiento de presentación de cuentas en el registro Mercantil, documento firmado electrónicamente por el Registrador el día 25/08/2023, sin acompañarse de ninguna otra documentación. Por esta razón, se le requirió subsanación en el siguiente sentido:

*“AFANDECOR, S.L. Lote 1. Acreditación de la solvencia económica y financiera: El volumen de negocios se acreditará por medio de cuentas anuales **aprobadas y depositadas** en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en este Registro y en caso contrario, por las depositadas en el registro oficial en el que deba estar inscrito.*

De la documentación aportada por el contratista no se infiere que las cuentas anuales hayan sido depositadas en el Registro Mercantil, sino solo que han sido presentadas (en la comunicación de asiento de presentación del Registro Mercantil de Madrid aportada no consta el ejercicio de las cuentas anuales presentadas ni se han aportado en la documentación dichas cuentas anuales). Deberá acreditar que las cuentas anuales aprobadas han sido depositadas en el Registro Mercantil, lo que podrá realizar mediante alguno de los medios de publicidad que establece el Real Decreto 1784/1996 de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, que son los siguientes: nota simple informativa del Registro Mercantil, certificación en papel del Registro Mercantil o certificación Telemática del Registro Mercantil”.

Continúa informando el órgano de contratación que, en fase de subsanación, AFANDECOR presentó el depósito de cuentas en el Registro Mercantil, tal como se había solicitado, y un formulario de solicitud de depósito de cuentas anuales del ejercicio 2022, documento que consta de 27 hojas, que no se encontraba firmado, ni

incluía huella digital, ni CSV, por lo que no resultó posible verificar si el formulario de solicitud de depósito de cuentas anuales del Ejercicio 2022 se corresponde con el de las cuentas depositadas por el Registrador.

Por último, entiende que la nueva documentación aportada, en vía de recurso, por la mercantil excluida, no puede tomarse en consideración a efectos de subsanación de la solvencia económica.

Vistas las alegaciones de las partes, procede transcribir el apartado 6 de la Cláusula Primera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que entre las características del contrato, estipula, para la solvencia económica, lo siguiente:

“6.1. Solvencia económica y financiera: Se deberá acreditar conforme. Artículo 87.1 a) de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP): Se deberá acreditar conforme al artículo 87.1 a) de la LCSP: “Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior 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. El volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media el valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros”. Criterio de selección El volumen de negocios se acreditará por medio de cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en este Registro y en caso contrario, por las depositadas en el registro oficial en el que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizadas por el Registro Mercantil, estimándose acreditada cuando el volumen anual de negocios referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del

empresario sea igual o superior a los siguientes importes o al sumatorio correspondiente a la suma de los importes en caso de que al licitador se le adjudiquen varios lotes que deban ejecutarse al mismo tiempo. Lote 1: 247.235,59 euros Lote 2: 19.080,36 euros”.

Considera este Tribunal que la documentación aportada por la recurrente tras el requerimiento inicial, como licitadora propuesta para resultar adjudicataria del lote 1, requerimiento efectuado conforme a lo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP, no resultaba suficiente a efectos de acreditar la solvencia económica de AFANDECOR, por cuanto que no se cumplía con las exigencias del pliego: cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, dado que únicamente se aportó asiento de presentación, no depósito de las mismas, ni documento de cuentas aprobadas.

Con relación a la documentación aportada en fase de subsanación, cabe señalar que la recurrente aportó certificado de depósito de las cuentas emitido por el Registrador Mercantil el 9 de septiembre de 2023, previo examen y calificación conforme a lo establecido en los artículos 18 del Código de Comercio y 6 y 368 del Reglamento del Registro Mercantil, identificándose como fecha de Cierre de Ejercicio de las cuentas depositadas, la de 31 de diciembre de 2022.

El mencionado artículo 368 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, estipula que, 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.

Atendiendo a lo anterior, queda patente para este Tribunal que el depósito de cuentas da fe del cumplimiento de los requisitos de presentación de los documentos

a depositar (entre otros, certificación del acuerdo de aprobación de las cuentas y un ejemplar de las cuentas anuales, debidamente identificado en la certificación anterior).

Ahora bien, señala el órgano de contratación que la exclusión de la recurrente tuvo lugar habida cuenta de la imposibilidad de verificar si el formulario con las cuentas anuales del ejercicio 2022 son las realmente presentadas y depositadas en el Registro Mercantil, dado que el fichero en el que constan las cuentas de 2022 y que fue presentado junto con el certificado de depósito en el Registro, no se encuentra firmado, ni en él consta huella digital, ni CSV.

En el caso que nos ocupa, tanto los pliegos como el requerimiento de subsanación exigían la presentación de cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil a efectos de comprobación, por parte de la Mesa, del volumen de negocios de la recurrente a efectos de que quedara acreditada su solvencia económica y financiera.

Se da la circunstancia de que, a fecha de requerimiento de subsanación de la documentación aportada por la recurrente para acreditar su solvencia económica en el lote 1, la Mesa ya había acordado su exclusión del lote 2 por entender retirada su oferta al referido lote, entre otros, por el siguiente motivo: *“como acreditación de la solvencia económica-financiera conforme al artículo 87.1 a) de la LCSP presenta acuse de recibo de “Registadores de España” de fecha 09/08/2023 no pudiéndose establecer relación de trazabilidad con las cuentas anuales de 2021 aportadas por la empresa, al no incluirse en dicho acuse de recibo la documentación a la que se refiere”*.

Considerando la circunstancia anterior, la recurrente ha tenido la oportunidad real de subsanar el defecto observado en la documentación aportada y debió actuar con la diligencia necesaria en el cumplimiento de lo establecido en pliegos, aportando cuentas firmadas, y dotadas de algún elemento a través del cual pudiera asociarse de manera inequívoca el documento impreso en PDF con el original electrónico o copia

auténtica presentada a depósito en el Registro, como sí ha hecho en vía de recurso aportando junto con su escrito de impugnación dos documentos emitidos el 9 de agosto de 2023, fecha anterior al requerimiento de subsanación: certificado de cuentas anuales firmado por el Administrador y certificado con huella digital. En las aportadas en fase de subsanación, que son las que fueron objeto de análisis por parte de la Mesa, no figura firma, ni código CSV, ni huella electrónica. Como señala la recurrente, el hecho de que dicho documento no disponga de CSV, ni de huella digital, no implica automáticamente que AFANDECOR, S.L.U. no disponga de solvencia económica y financiera; sin embargo, añade este Tribunal, esta solvencia no ha sido acreditada conforme a pliegos, pues el documento de cuentas aportado no reúne los requisitos necesarios para que quede fehacientemente justificado que las cuentas anuales aportadas por la recurrente fueran las aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, por lo que se considera ajustada a Derecho la decisión de exclusión de la recurrente.

En cuanto a la posibilidad de tomar en consideración la documentación aportada por la recurrente en vía de recurso, como ya se ha puesto de manifiesto en una de nuestras más recientes resoluciones, número 389/2023, de 26 de octubre, *“es doctrina de este Tribunal, como del resto de Tribunales de resolución de recursos contractuales, que la documentación nueva aportada con la interposición del recurso especial en materia de contratación no puede ser objeto de valoración. Ello se debe a que la interposición del recurso no puede servir para subsanar lo que no se hizo en el momento procedimental oportuno. La función de este Tribunal es revisar los actos que se han dictado y la conformidad a derecho de los mismos de acuerdo con la documentación obrante en el expediente en ese momento, respetando el procedimiento de contratación, lo contrario supondría, además de una dilatación de los procedimientos, una inseguridad jurídica”*.

Procede, en consecuencia con lo anterior, desestimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría de sus miembros, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por representación legal de la mercantil AFANDECOR S.L.U., contra el acuerdo de exclusión de su oferta para el lote 1 adoptado por la mesa de contratación de la Agencia Madrileña de Atención Social en la sesión celebrada el 2 de octubre 2023, en relación con el procedimiento de contratación “Suministro e instalación de toldos y pérgolas para diversos centros adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social (2 lotes)”, número de expediente (A/SUM-016411/2023).

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.