



Recurso nº 289/2019

Resolución nº 435/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 25 de abril de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. F. M. H.. en representación de la entidad PLATAFORMA FEMAR, S.L contra la Resolución de 20 de febrero de 2019 de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo por la que se acuerda la adjudicación del procedimiento “*Suministro de materias primas para la alimentación de los internos de los centros penitenciarios de Ávila, Segovia, Madrid I, Madrid II, Madrid IV y Madrid V, Expte. 2018/00012*” en lo que se refiere al lote nº 19 del mismo, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante anuncio de licitación publicado en el DOUE el 24 de julio de 2018 y en el BOE el 23 de julio de 2018, así como en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se convocó por parte de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo (en adelante TPFE) la licitación del contrato de “*Suministro de Materias Primas para la alimentación de los internos en los centros penitenciarios de Ávila, Segovia, Madrid I, Madrid II, Madrid IV y Madrid V*”, compuesto de 22 lotes, mediante el procedimiento abierto. El valor estimado del contrato es de 7.248 894.16 EUR

Segundo. Han de relacionarse con carácter previo a la resolución de este recurso los principales hitos de este procedimiento de licitación en lo que se refiere a la adjudicación del Lote 19 para los efectos que aquí interesan:

1º. El 6 de noviembre de 2018, el órgano contratante acuerda la adjudicación del Lote 19 del expediente 2018/00012, a VERÓNICA. BLAS ÁLVAREZ. Al referido Lote únicamente



presentaron oferta las empresas PLATAFORMA FEMAR, S.L y V. B. A., empresa recurrente y adjudicataria respectivamente.

2º. Frente a dicha adjudicación, la ahora recurrente interpuso recurso especial en materia de contratación, que es estimado parcialmente por la Resolución nº 46/2019, de 24 de enero de 2019, en el Recurso 1288/2018. En dicha resolución, este Tribunal acordó lo siguiente:

“...Distinta conclusión alcanza este tribunal respecto a la acreditación de la solvencia económica y financiera. Así, el PCAP en su Anexo 1, punto 7.1, apartado 2, establece: “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 estuviese inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba ser inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil”

Pues bien, entre la documentación aportada por la adjudicataria en respuesta al requerimiento previo a la adjudicación el 5 de octubre de 2015 se aportó como documento acreditativo de solvencia económica y financiera una simple declaración y certificación de la empresa adjudicataria del volumen de anual de negocios en los años 2015 a 2017 acompañado de la cuenta de pérdidas y ganancias referidas a dichos ejercicios. Por tanto, en este punto coincidimos con las alegaciones del recurrente cuando afirma que la solvencia económica y financiera de la adjudicataria no ha sido acreditada en la forma que establecen lo PCAP, ya que el órgano de contratación debiera haber requerido a la empresa propuesta para la adjudicación a fin de que subsanara este extremo y aportase los libros con las cuentas anuales de pérdidas y ganancias legalizados por el Registro Mercantil de los ejercicios 2015 a 2017 en los que constase, al menos en uno de ellos, un volumen anual de 1.188.022,04 euros.

Lo anterior determina, que deba estimarse en parte el recurso planteado, anulando la adjudicación con retroacción del expediente de contratación, a fin de que por el órgano de contratación se requiera de subsanación a la adjudicataria a fin de que aporte la



documentación exigida en el PCAP para acreditar su solvencia económico y financiera con la advertencia de que en caso de no aportarla, se procederá a adjudicar el contrato al licitador siguiente que figure en la valoración de las ofertas presentadas.”

3º. Con fecha 6 de febrero de 2019, la Mesa de Contratación constituida al efecto acuerda “requerir a V. B. A. para que, conforme a lo establecido en el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, subsane la documentación presentada como consecuencia del requerimiento previo a la adjudicación, en lo que respecta a la acreditación de la solvencia económica y financiera, aportando los libros con las cuentas anuales de pérdidas y ganancias legalizados por el Registro Mercantil de los ejercicios 2015 a 2017”. Así consta en el Acta de la sesión del órgano colegiado.

4º. En cumplimiento del referido requerimiento, V. B. A.. presenta el libro de inventario y cuentas anuales legalizadas por el Registro Mercantil de Madrid en fecha 8 de febrero de 2019.

5º.- Finalmente, el 13 de febrero de 2019 la Mesa acuerda que la documentación es conforme y por tanto subsana el aspecto formal de acreditación de la solvencia económica y financiera, proponiendo al órgano de contratación la adjudicación a V. B. A., que resulta finalmente adjudicataria por Resolución de 20 de febrero de 2019 del órgano contratante.

Tercero. El 13 de marzo del año corriente la mercantil PLATAFORMA FEMAR, S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento de licitación para el “Suministro de Materias Primas para la alimentación de los internos de los centros penitenciarios de Ávila, Segovia, Madrid I, Madrid II, Madrid IV y Madrid V”, Expte. 2018/00012 en lo que se refiere al lote nº 19 del mismo.

Cuarto. Se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación de acuerdo con lo previsto en el artículo 45.1 de la LCSP. La Secretaría del Tribunal ha dado traslado del recurso interpuesto a la empresa adjudicataria, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaba oportuno, formularan alegaciones, habiéndose hecho uso del referido trámite por la misma.



Quinto. El día 22 de marzo de 2019 la Secretaria del Tribunal acordó mantener la suspensión del procedimiento de contratación, defiriendo el levantamiento de la suspensión a la decisión definitiva en virtud de lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP.

Segundo. Conforme al artículo 48 de la LCSP podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

La empresa recurrente concurrió a la licitación y su oferta quedó clasificada en segundo lugar en el Lote 19, por lo que está legitimada para recurrir de acuerdo con el precepto indicado.

Tercero. El inicio del procedimiento y el plazo de interposición del recurso especial se regulan en el artículo 50 de la LCSP, y se desarrolla en el artículo 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Por lo que, en el caso que nos ocupa, debe considerarse que la interposición del recurso se ha formulado dentro de plazo que establecen los referidos preceptos.

Cuarto. El recurso se interpone frente al acuerdo de adjudicación adoptado en el seno de un proceso de licitación relativo a un contrato de suministro, al amparo de lo previsto en el artículo 44.1.a) de la LCSP en relación con el artículo 44.2.c) de la Ley, debiendo considerarse como susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Quinto. La recurrente solicita la estimación del recurso interpuesto, con la exclusión de la adjudicataria, por no haber acreditado la solvencia económica y financiera exigida en los



Pliegos rectores de la licitación, toda vez que los libros de inventarios y cuentas anuales son legalizados por el Registro Mercantil con posterioridad a presentar su oferta. Por tanto, la recurrente considera que el hecho de que los libros mercantiles hayan sido legalizados en una fecha posterior al plazo de presentación de ofertas ha de ser causa de su exclusión. Igualmente interesa la retroacción del procedimiento de contratación, para que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley de Contratos del Sector Público, se requiera la documentación a PLATAFORMA FEMAR, S.L., para su eventual designación como adjudicataria del contrato.

Por el contrario, la empresa adjudicataria sostiene, en el trámite de alegaciones, que la solvencia económica y financiera ha quedado perfectamente acreditada, tras el requerimiento efectuado, mediante la presentación de los libros mercantiles legalizados por el Registro Mercantil. Señala la misma que lo que debe constar en el momento de presentar la oferta es la existencia del volumen anual exigido en el Pliego como condición de solvencia económica y financiera, lo que queda probado en el presente caso. El depósito y legalización de las cuentas anuales es un requisito formal que ha sido acreditado en el trámite de subsanación conferido.

Sexto. El órgano contratante, en su informe, alega la conformidad a derecho del acuerdo de adjudicación por cuanto requiere a la empresa adjudicataria para que procediese a la subsanación en los términos establecidos por la Resolución nº 46/2019 de este Tribunal.

Entiende que los requisitos exigidos debe cumplirlos la empresa en el último día de presentación de oferta, lo que sucede con VERÓNICA. BLAS ÁLVAREZ, que cumple con el volumen anual de negocios exigido como requisito de solvencia económica. Una vez que la empresa subsana la falta de legalización de las cuentas anuales por el Registro Mercantil, que considera como defecto formal, el órgano de contratación considera acreditada la solvencia económica requerida para ser adjudicataria del lote 19 del expediente de contratación.

Séptimo. Vistas las alegaciones de las partes, ha de analizarse la cuestión controvertida que no es otra que determinar si la adjudicataria acreditó, en el trámite de subsanación



conferido, la solvencia económica y financiera exigida en el Pliego mediante la presentación de los libros de inventarios y cuentas legalizados por el Registro Mercantil.

Es por tanto pertinente el examen del contenido de los Pliegos que rigen el contrato de suministros licitado, en relación a las cuestiones que están en el debate: la acreditación por la empresa adjudicataria de la solvencia económica y financiera pues, como tiene señalado de forma reiterada y constante la jurisprudencia, constituyen auténtica *lex contractus* vinculando, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación.

Pues bien, tal y como establece el PCAP en su Anexo 1, punto 7.1, apartado 2: *“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 estuviese inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba ser inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil”*

La exigencia del Pliego en cuanto a la acreditación de la solvencia económica y financiera es una fiel reproducción de lo establecido en el artículo 87.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, a cuyo tenor:

“En el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia económica y financiera de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa del importe mínimo, expresado en euros, de cada uno de ellos. Para los contratos no sujetos al requisito de clasificación, 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 con 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. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

Del análisis del conjunto de normas jurídicas aplicables a este contrato y del contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del mismo podemos deducir las siguientes conclusiones que ya tuvimos ocasión de apuntar en la Resolución 466/2016:

1. Que la determinación de las condiciones de solvencia económica corresponde al órgano de contratación, cuestión no discutida por las partes, dentro de las que se establecen en la normativa reguladora de la contratación del sector público.
2. Que dentro de estas condiciones normativamente aceptadas está la que ha empleado el órgano de contratación, referente al volumen de negocios.
3. Que la acreditación documental de esta condición se produce mediante la aportación de los certificados y documentos que para cada caso se determinen reglamentariamente.
4. Que el Reglamento de la LCAP establece para estos casos que la acreditación tiene lugar mediante las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, o para el caso de los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados. Por tanto, el requisito del depósito es exigible a los efectos de tener por acreditado el cumplimiento del requisito.

Pues bien, como indicábamos, es la acreditación de la referida solvencia mediante los libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por la empresa adjudicataria la cuestión aquí controvertida, denunciándose por la recurrente que la referida legalización de los libros



mercantiles tuvo lugar tras el requerimiento de subsanación efectuado por el órgano de contratación.

Sentado lo anterior, ha de recordarse en primer lugar que este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la trascendencia del requisito de acreditar el depósito de las cuentas anuales. Así las cosas, en la Resolución nº 1150/2017 se señaló al respecto que, siguiendo la postura mantenida reiteradamente por este Tribunal, entre otras en Resoluciones 1086/2016, 466/2016 o 747/2016, 315/2017 *“es preciso acreditar el depósito de las cuentas anuales, señalando la última de las Resoluciones citadas al respecto lo siguiente: “no cabe duda de que la entidad recurrente debió acreditar el cumplimiento del requisito legal en términos jurídicos, no simplemente fácticos. La documentación que se ha aportado en el presente caso no acredita en modo alguno la existencia de la actuación calificadora del Registrador ni el cumplimiento de los requisitos sustantivos establecidos en la norma que regula el depósito de las cuentas anuales.*

Y 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.” Es claro, pues, que la razón por la que este Tribunal ha declarado con reiteración que la exigencia de acreditar el depósito de las cuentas no es una mera formalidad radica en que el registro y depósito de las cuentas anuales se produce tras una labor, de carácter material, de calificación de la documentación presentada al Registrador, que permite diferenciar como situaciones jurídicas no equiparables la presentación de las cuentas anuales para su inscripción en el registro, por un lado, de la inscripción propiamente dicha de las cuentas, por otro. En efecto, el registro de las cuentas anuales de una Sociedad en el Registro Mercantil requiere la previa calificación de las cuentas



presentadas para comprobar su adecuación a la legalidad vigente, de modo que solo cuando las cuentas son examinadas a conformidad del Registrador se proceda a su registro, distinguiéndose así el acto de registro de la mera presentación de las cuentas al Registro, este último de carácter meramente formal.”

Partiendo de la necesidad de acreditar la solvencia económica y financiera mediante los libros de inventarios y cuentas anuales legalizados, ha de analizarse si la falta de acreditación por los medios indicados es susceptible de subsanación.

Este Tribunal ha venido a razonar en numerosas resoluciones que a efectos de determinar *“qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo –y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables- se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido, Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere “los defectos u omisiones subsanables” a la “documentación presentada”, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de los que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación.*

Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos” (Resolución 296/2012, entre otras).



Dicha doctrina ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de mayo de 2015 en la que afirma que *“pueden traerse aquí las consideraciones que hace el TACRC sobre la relación entre la aplicación del principio de subsanabilidad de los defectos formales y la libertad de concurrencia y añadir a ellas que su utilización en supuestos como éste contribuye a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos”*.

A mayor abundamiento, este Tribunal ha avanzado hacia un criterio antiformalista en la cumplimentación del requerimiento, en algunos supuestos, por ejemplo, y por lo que aquí nos ocupa, en cuanto a la aportación de documentación del licitador propuesto como adjudicatario en el plazo conferido en el artículo 150.2 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público-, (resolución 747/2018, de 31 de julio; 1009/2018, de 30 de noviembre), incluso llegando a considerar subsanable la presentación incompleta de la garantía definitiva.

En el caso objeto de recurso, el órgano de contratación verificó que VERÓNICA BLAS ÁLVARES cumplía con el requisito de solvencia económica exigido en el Pliego en el momento de la presentación de la oferta. Ahora bien, ante la falta de acreditación de dicha solvencia, el órgano de contratación requiere a la empresa para su subsanación, tal y como se estableció en nuestra Resolución 46/2019. Presentadas por la adjudicataria los libros mercantiles legalizados en el Registro Mercantil, el órgano contratante considera adecuadamente acreditada la solvencia económica y financiera exigida en el Pliego, entendiéndose por este Tribunal que la falta de acreditación es un defecto subsanable; Subsanción que ha realizado la empresa adjudicataria.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. F. M. H.. en representación de la entidad PLATAFORMA FEMAR, S.L contra la Resolución de 20 de febrero de 2019 de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo por la que se acuerda la adjudicación del procedimiento *“Suministro de materias primas para la alimentación de los internos de los centros penitenciarios de Ávila, Segovia, Madrid I, Madrid II, Madrid IV y Madrid V, Expte. 2018/00012”* en lo que se refiere al lote nº 19 del



mismo.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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 sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.