



Recurso nº 752/2023

Resolución nº 854/2023

Sección 1ª

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

En Madrid, a 28 de junio de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.M.A. en representación de la mercantil INNOTECH SYSTEM, S.L., frente al acuerdo de 16 de mayo de 2023 de exclusión de la proposición de dicha empresa del procedimiento de adjudicación del contrato de "*Servicio de análisis y procesamiento de eventos de ciberseguridad de nivel 1*" (expediente número 095/22), licitado por S.M.E. Instituto Nacional de Ciberseguridad de España M.P., S.A. (INCIBE), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Instituto Nacional de Ciberseguridad de España M.P., S.A. (INCIBE) convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 6 de diciembre de 2022, así como en el DOUE, licitación para la adjudicación del contrato de "*Servicio de análisis y procesamiento de eventos de ciberseguridad de nivel 1*", cuyo valor estimado es de 10.593.578,01 euros.

Segundo. En cuanto al desarrollo de la licitación, interesa recoger aquí como, tras la apertura de las proposiciones, la comisión de contratación se reúne el 4 de mayo de 2023 acordando solicitar subsanación, entre otros, al licitador INNOTECH SYSTEM, S.L, a quien se requiere para acreditar su solvencia económica mediante la aportación del depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil.

Tras examinar la documentación aportada por esta empresa, con fecha 16 de mayo de 2023 se acuerda su exclusión dado que, al no presentar el depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, no acredita el cumplimiento de la solvencia económica y financiera.



Tercero. Frente a dicho acuerdo de exclusión, que fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 17 de mayo de 2023, se interpone por parte del licitador excluido recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, mediante escrito presentado el 29 de mayo de 2023.

Defiende la empresa recurrente que su oferta *“nunca debió ser excluida de la presente licitación, toda vez que los motivos de su exclusión traen causa de una mera omisión involuntaria al no haber aportado las cuentas anuales de la Sociedad depositadas en el Registro Mercantil y en consecuencia haber acreditado su solvencia económica o financiera, siendo así que dicho depósito de las últimas cuentas anuales sí se había realizado y existía desde antes de la fecha de anunciarse la presente licitación así como que, en todo caso, la inscripción de INNOTECH en el ROLECE sirve como forma de acreditación directa entre otras, de su solvencia económica y financiera como reconoce expresamente la LCSP, lo que no afecta al sentido de su oferta y cuya subsanación no conlleva en absoluto una eventual modificación de los términos de la misma y que tiene posibilidad de ser subsanada sin que ello en modo alguno afecte al resto de licitadores ni mucho menos a los principios de igualdad de trato, libre concurrencia ni a ninguno de los que rigen en materia de contratación pública; por lo que su oferta sí cumplía con los requisitos de solvencia económica y financiera desde el momento mismo de presentación de su oferta”*.

Cita la recurrente el contenido de los pliegos, señalando *“que el ROLEC, en coherencia con lo establecido en el artículo 96 de la LCSP, constituye un medio idóneo y suficiente para acreditar tanto la solvencia técnica como la económica y ello dado que, a tenor de su contenido, al que tenía acceso la propia Administración contratante en virtud de lo establecido en la cláusula 14.2 del PCAP, quedaba evidencia del depósito y registro de las últimas cuentas anuales de la Sociedad, que data de 22 de agosto de 2022, siendo por tanto un requisito que la sociedad cumplía desde antes de anunciarse la presente licitación y desde el momento de presentación de su oferta”*.

Añade que *“había declarado responsablemente en el DEUC presentado que cumplía con los requisitos de solvencia técnica y económica, siendo en todo caso el momento procedimental oportuno para acreditarlo, el establecido en el artículo 150.2, en relación con el artículo 140 de la LCSP y relativo al momento de ser requerida la licitadora que presentara la oferta económicamente más ventajosa (de mejor relación calidad precio en la nomenclatura de la*



LCSP actual), o fuera propuesto adjudicatario, y salvo que aquella información constase en el certificado ROLECE e INCIBE pueda acceder a la misma”.

También se alega que el requerimiento de subsanación realizado resultaba poco claro e insuficiente para conocer lo que se solicitaba.

En cuanto al contenido de los pliegos, se alude a la cláusula 14.2 del PCAP y al Anexo I del mismo PCAP donde se establece, al regular las condiciones de aptitud de los licitadores y la documentación a presentar en el Sobre número uno, que la presentación del DEUC *“sirve como prueba preliminar del cumplimiento de los requisitos previos especificados en el presente documento para participar en este procedimiento de licitación”*, lo que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 140.1 de la LCSP.

Considera al respecto la recurrente que de dichas cláusulas se desprende que *“no se exige a priori la presentación de toda la documentación acreditativa de la solvencia en el sobre de documentación administrativa, sino que basta la aportación de la correspondiente declaración responsable en forma de DEUC”*.

Defiende por ello la improcedencia de la subsanación requerida, puesto que la acreditación no ha de producirse sino en el caso de ser propuesto como adjudicatario del contrato, de conformidad con el artículo 150.2 de la LCSP. Se cita en este punto la Resolución número 885/2022 de este Tribunal, de fecha 14 de julio de 2022, recaída en el Recurso número 737/2022. Se cita asimismo la Resolución número 435/2019, de 25 de abril de 2019.

Considera el recurrente que *“no existe falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones en lo referido a la solvencia económica y financiera, y concretamente en lo referido al depósito de las cuentas anuales, siendo la simple falta de acreditación de los mismos un defecto subsanable en fase de adjudicación del contrato”*.

Subsidiariamente a la alegación de que INNOTECH sí cumplía desde el mismo momento inicial de presentación de su oferta con el requisito de solvencia económica establecido en los pliegos consistente en haber depositado en el *Registro Mercantil las cuentas anuales del último ejercicio económico cerrado*, se defiende *“que, en todo caso, el requerimiento realizado por la Comisión de Contratación el día 5 de mayo de 2023 en los términos indicados en la*



exposición fáctica que antecede, resulto ser del todo genérico y ausente de la claridad y precisión necesaria en relación con qué documentación concreta debía aportarse por la licitadora a quien se había requerido para subsanar.

En el requerimiento de subsanación no se indica, de forma clara y precisa, cuál era el concreto documento que la Comisión de Contratación requería para acreditar el depósito de las cuentas anuales”.

Se solicita por todo ello que, con estimación del recurso, este Tribunal:

“i) declare la nulidad o anule la Resolución impugnada y la deje sin efecto en lo referido a la exclusión de la oferta de INNOTECH, dado que la oferta presentada sí cumplía con los requisitos de solvencia económica establecidos en los pliegos y ordene la retroacción del procedimiento de licitación al momento anterior al acto de exclusión de la oferta de INNOTECH para que su oferta sea admitida e incluida a la licitación 095/22 y sea valorada en su integridad, y se proceda a dar continuidad a los trámites del procedimiento de licitación.

ii) Subsidiariamente, lo que se enuncia a efectos dialecticos y para el improbable supuesto de no ser considerada la pretensión principal, declare la nulidad o anule la Resolución impugnada y la deje sin efecto en lo referido a la exclusión de la oferta de INNOTECH y ordene la retroacción del procedimiento de licitación al momento anterior al acto de exclusión de la oferta de INNOTECH para que por parte de la Comisión de Contratación se conceda plazo de subsanación con indicación precisa de la documentación específica que considera pertinente que se aporte”.

En el recurso se formula asimismo la petición de práctica de la siguiente prueba: “(...) que se libre atento oficio al Registro Mercantil de Madrid al objeto de que aporte el depósito y registro de las últimas Cuentas Anuales de INNOTECH del ejercicio cerrado de 2021 al objeto de acreditar que dichas Cuentas Anuales y la existencia de la acción calificadora del registrador. así como que dicho depósito es anterior al momento de presentación de su oferta por parte de INNOTECH (20 de enero de 2023) siendo en todo caso un elemento que existe y un requisito que INNOTECH cumplía al momento de concurrir a la licitación 095/22 y ello a los efectos de tener por acreditado el cumplimiento de los requisitos de solvencia económica y financiera de esta parte para concurrir a la presente licitación”.



Cuarto. El órgano de contratación ha evacuado el trámite de informe sobre este recurso. En el mismo se detallan las circunstancias del desarrollo de la licitación, en particular en cuanto al trámite de subsanación conferido a la empresa aquí recurrente.

Se cita la Resolución nº 157/2023 del este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en cuanto al depósito de las cuentas anuales.

En cuanto al requerimiento efectuado, se defiende su claridad y suficiencia, indicando que *“explica con precisión los documentos a aportar y el fundamento en los pliegos, con indicación concreta del apartado. No puede alegar falta de claridad en los pliegos, pues ni fueron impugnados ni se ha formulado consulta sobre los mismos. Lo que se le solicita es presentación de las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el registro mercantil, por alguno de los medios previstos en la normativa del registro mercantil que se recoge en el pliego y en el requerimiento, lo cual debiera resultar sencillo si se tienen realmente las cuentas aprobadas y depositadas en el registro Mercantil, por ello resulta improcedente la reiteración del requerimiento de subsanación que de modo subsidiario formula el recurrente”*.

Asimismo, se apunta que *“al no presentar el depósito en el Registro Mercantil de las cuentas anuales que es lo que se les exigía correspondientes a la empresa INNOTECH SYSTEM, S.L. no acredita el cumplimiento de la solvencia económica y financiera en fase subsanación y procede como se advirtió en el requerimiento y en los acuerdos la exclusión”*.

Por lo que atañe a la acreditación de la solvencia económica, se alude a las previsiones del Anexo I del Pliego de Características Generales, donde se indica:

“Se analizarán las siguientes ratios en cuanto a las últimas cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil: Para todas las sociedades de capital: El patrimonio neto tiene que ser igual o superior a la mitad del capital social, en prueba de lo cual podrán aportarse cuentas anuales o extractos de las mismas. En todo caso, los licitadores que en virtud de disposiciones vigentes vengan obligados a dar publicidad a sus cuentas anuales, deberán presentar las cuentas depositadas en el Registro Mercantil. Este requisito se basa en el artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital (...)”.

Se apunta a tal respecto que: *“El licitador en el sobre 1 presentó las cuentas pero no el depósito de cuentas y por este motivo se le pidió subsanación. La exclusión se debe a que la*



licitadora no atendió adecuadamente al requerimiento y no presentó en forma y plazo el depósito de cuentas. En el expediente no había modo de dar el requisito por acreditado porque el DEUC no recogía las menciones necesarias y en el ROLECE no constan registradas las cuentas (...)".

Asimismo, se precisa que la inclusión del DEUC en el sobre 1 es suficiente para acreditar la solvencia económica cuando este recoja las menciones exigidas en el anexo I, lo que no sucede en este caso.

Acerca del acceso al ROLECE, se indica lo siguiente:

"La licitadora no incluyo en el sobre 1 el ROLECE pero en cualquier caso el órgano de contratación antes de tomar la decisión accedió al mismo y comprobó que en el ROLECE no constaban inscritas las cuentas que se pretenden acreditar".

Respecto de este punto, se reflejan en el informe las consultas realizadas.

Y en cuanto al DEUC presentado se matiza que:

"La declaración efectuada por INNOTECH no fue adecuada porque no se ajustó a lo exigido en el pliego. El propio pliego recoge que si se va presentar DEUC para acreditar esta parte debe cumplimentarse con los requisitos exigidos en el pliego, tal como hemos visto en el fundamento primero y la recurrente no lo formuló adecuadamente. Además, presentó las cuentas anuales porque sabía que el DEUC adolecía de dicha deficiencia.

(...)

Como el DEUC aportado inicialmente en el sobre electrónico 1 por la mercantil INNOTECH no se atenía a dichas instrucciones del pliego, de tal forma que no figuraba cumplimentado en el mismo el apartado de solvencia económica, se manifestó en el acta, el poder adjudicador exige al operador económico que presente subsanación y acredite que cumple el extremo del que hay dudas.

La declaración efectuada por INNOTECH no se ajustaba a la solvencia económica del Anexo I Características Generales para la adjudicación del presente contrato, por lo que se le requirió subsanara el documento aportado en el sentido indicado anteriormente".



Se defiende por todo ello que el requerimiento fue correctamente efectuado, y que la exclusión se debe a que el licitador no atendió al requerimiento que le efectuó el órgano de contratación en tiempo y forma. En fase de subsanación presentó unas cuentas anuales que ya obraban en el expediente. En ningún momento se ha presentado el depósito de cuentas, ni en el sobre 1 ni en fase de subsanación.

Se aclara asimismo que una vez finalizado el plazo y publicados los acuerdos y notificados, el licitador envió un correo con el depósito de cuentas, puntualizando aquí el informe que el documento se recibe fuera de plazo y por el canal no establecido, y que, en aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación, no pueden hacerse dobles subsanaciones.

Se apunta aquí que: *“Permitir una doble subsanación que no está contemplada en la normativa de aplicación (una primera para remediar el defecto u omisión advertido inicialmente, y una segunda para corregir un segundo defecto cometido con ocasión de la propia subsanación), y ello a su vez implicaría «admitir en los licitadores la posibilidad ilimitada de subsanaciones encadenadas, contrario a la seguridad jurídica y al espíritu del plazo de subsanación», tal como este Tribunal ha señalado en distintas ocasiones (entre otras, en la Resolución núm. 454/2018)”*.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgando un plazo de cinco días hábiles para que, si se estimara oportuno, se formularan alegaciones, sin que se haya evacuado este trámite.

Sexto. Interpuesto el recurso, este Tribunal dictó Acuerdo de fecha 9 de junio de 2023, por el que se declaraba que, *prima facie*, no se apreciaba causa de inadmisibilidad el recurso y se acordaba la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La tramitación del presente recurso se ha regido por lo prescrito en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE



y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso a tenor de lo establecido en el artículo 47 de la vigente LCSP.

Tal y como consta en el Cuadro resumen del Pliego de características generales del contrato, el mismo es financiado con cargo a fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Se aplican por ello las particularidades del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 44, apartados 1.a) y 2.b), de la Ley 9/2017, al impugnarse un acuerdo de exclusión de una oferta en la licitación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros.

Este recurso se ha tramitado con preferencia y urgencia en esta sede por así venir exigido en el artículo 58.2 del Real Decreto Ley 36/2020, introducido por el apartado cinco de la disposición final trigésima primera del R.D. Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha de notificación del acuerdo y la de presentación del recurso (artículo 50.1 de la LCSP), no siendo de aplicación el plazo especial del artículo 58 del Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, esto es, diez días naturales, dado que lo que se impugna es un acuerdo de exclusión.

Cuarto. Por lo que respecta a la legitimación de la empresa recurrente, ha de reconocerse la misma al haber concurrido a la licitación y haber sido excluida su proposición en el procedimiento de contratación.



Quinto. Pasamos ya al examen del fondo de la cuestión objeto de controversia. Tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes de hecho, la empresa recurrente articula tres motivos de impugnación, defendiendo que en realidad sí cumplió con el requisito del depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, lo que era constatable a través de la consulta del ROLECE, así como que el requerimiento de subsanación resultaba improcedente, bastando con la declaración efectuada en el DEUC, no siendo sino en el caso de haber sido propuesto como adjudicatario, en el trámite previsto en el art. 150.2 LCSP, cuando hubiera podido requerirse en su caso la documentación precisa. Añade a ello, con carácter subsidiario, una crítica al requerimiento formulado, que entiende falto de la necesaria claridad y precisión.

En lo que atañe a la primera de las alegaciones, lo cierto es que en el recurso no se acredita que en el ROLECE constase el depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, no aportándose documentación al respecto. Frente a ello, el órgano de contratación razona y justifica en su informe la falta de constancia de ese hecho, con lo que hemos de rechazar por falta de prueba esta alegación del recurrente. Con ello, se ha de estar a la documentación presentada, de lo que resulta como lo aportado, tanto inicialmente en el sobre 1 como tras el requerimiento de subsanación, fue simplemente una copia de las cuentas anuales sin acreditar su depósito en el Registro Mercantil.

Debe citarse por ello aquí lo que señalaba este Tribunal en la Resolución nº 157/2023 (Sección 1ª), de 17 de febrero de 2023:

“Sexto. Pues bien, sobre la necesidad o no de que las cuentas anuales a través de las que se pretende probar la solvencia por contar con el volumen anual de negocio exigido en el Pliego estén o no depositadas en el Registro Mercantil, acierta el órgano de contratación en su informe al poner de manifiesto que la Resolución 435/2019, de 25 de abril de 2019, recaída en el Recuso 289/2019, este Tribunal sienta que:

“(…) 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”.

Criterio que se confirma en la Resolución de este Tribunal nº 159/2023, correspondiente al Recurso 24/2023 (...).”

En este caso, conforme a lo expresado, el licitador recurrente no acreditó debidamente su solvencia económica y financiera, al no acreditar la aportación de las cuentas anuales objeto de depósito en el Registro Mercantil.



Sexto. Así las cosas, hay que entrar a examinar el segundo de los motivos de impugnación que se esgrime en el recurso, referido a la improcedencia del requerimiento de subsanación efectuado, lo que se defiende atendiendo a lo dispuesto en el artículo 140.1 de la LCSP, así como en el pliego del contrato.

Para resolver esta cuestión resulta preciso atender con detalle a las distintas cláusulas del Pliego de Características Generales (PCG) que se refieren a la aportación documental para acreditar la solvencia económica y financiera, aspecto en controversia.

En primer lugar, en el apartado 13 del Cuadro resumen (“Solvencia económica y financiera”), se hace remisión al apartado 14.2 y al anexo I.

Dicho apartado 14.2 (“Documentación a presentar por los licitadores para cada uno de los sobres”) establece lo siguiente en cuanto a la materia objeto de controversia:

“14.2.1 Sobre nº 1 Documentación general

(...)

Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar, conforme a lo recogido en el apartado 4 del art. 140 de la LCSP, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato. Sin perjuicio del derecho de INCIBE a hacerlo en cualquier otro momento previo a la adjudicación del contrato de acuerdo con lo recogido en el art. 140.3 LCSP.

Preferiblemente la acreditación de la capacidad jurídica, de obrar y solvencia técnica y económica se realizará del siguiente modo:

1º ÍNDICE Y DATOS DEL LICITADOR, A EFECTOS DE NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA (Se hará constar al menos un CIF o NIF al que dirigir las notificaciones telemáticas para su acceso mediante certificado electrónico de representante o certificado personal respectivamente).

2º DOCUMENTO EUROPEO ÚNICO DE CONTRATACIÓN (DEUC). A cumplimentar conforme a las indicaciones incluidas en el Anexo I, firmado por el licitador o su representante. (Art.140 y 141.1 LCSP).

El art. 140 de la LCSP establece que los licitadores acreditarán el cumplimiento de los requisitos previos de acceso mediante la presentación de una declaración de responsable que siga el formulario normalizado del Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) establecido por el Reglamento (UE) nº 2016/7. En caso de uniones temporales de empresarios el DEUC deberá ser presentado por cada empresa integrante de la UTE. En relación a la cumplimentación de DEUC, las empresas que figuren inscritas en el Registro de licitadores (ROLECE) solo deberán facilitar en la Parte II y IV del documento aquella información que no figure inscrita en los mismos o que, aun estando inscrita, la información no conste de manera actualizada. Le corresponde a la empresa comprobar si en su caso concreto esos datos o informaciones efectivamente están inscritos en el ROLECE o no, y si lo están, deberá asegurarse de que constan en el mismo de manera actualizada. Así, cuando alguno de estos datos o informaciones no le consten a ROLECE o cuando estén inscritos de manera no actualizada, en esos dos casos la empresa deberá aportarlos mediante la cumplimentación del citado DEUC. En relación con la solvencia económica y financiera y técnica debe cumplimentarse los apartados de manera que se declare la concurrencia de las exigencias recogidas en el anexo I del Pliego de Características Generales.

El DEUC deberá cumplimentarse de acuerdo con lo previsto en el art. 141.1 de la ley 9/2017 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Si se presenta DEUC la documentación justificativa de capacidad jurídica y de obrar, solvencia técnica y económica a la que se refieren el apartado sobre nº 1 de la documentación general será requerida al licitador si presentará la oferta económicamente más ventajosa o fuera propuesto adjudicatario, salvo aquella información conste en el certificado ROLECE e INCIBE pueda acceder a la misma. (Servicio en línea del DEUC: Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar, conforme a lo recogido en el apartado 4 del art. 140 de la LCSP, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato. Sin perjuicio del derecho de INCIBE a hacerlo en cualquier otro momento previo a la adjudicación del contrato de acuerdo con lo recogido en el art. 140.3 LCSP.

(...)

5º SOLVENCIA ECONÓMICA: VER ANEXO I



(...)

El certificado del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (R.O.L.E.C.E.) se admite para acreditar las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera, y clasificación, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar, siempre que dicho certificado incluya las inscripciones voluntarias que se pretenden acreditar con el mismo. Las certificaciones emitidas por el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado y Certificados Comunitarios de clasificación tendrán la eficacia establecida en los artículos 96 y 97 LCSP. Conforme al art. 139 LCSP la presentación de las ofertas supone la autorización a la Comisión y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea. Se informará a la Comisión de contratación la existencia de dicha inscripción ya sea en el documento DEUC o en el modelo de modelo anexo III al Pliego.

En el sobre nº 1 se incluirán el DEUC junto con las declaraciones que no consten en el mismo y sean recogidas como anexos del sobre nº 1 en el presente pliego o los documentos que se indican, en cada caso, de los relacionados con carácter general en el Anexo I del presente Pliego ("Documentación General a incluir en el sobre nº 1, según los casos") para acreditar la capacidad jurídica y de obrar, solvencia técnica y económica y las declaraciones previstas en el presente pliego como anexos del sobre nº 1

(...)"

De esta cláusula merecen destacarse las dos siguientes previsiones:

1º.- *"En relación con la solvencia económica y financiera y técnica debe cumplimentarse los apartados de manera que se declare la concurrencia de las exigencias recogidas en el anexo I del Pliego de Características Generales."*

2º.- *"En el sobre nº 1 se incluirán el DEUC junto con las declaraciones que no consten en el mismo y sean recogidas como anexos del sobre nº 1 en el presente pliego o los documentos que se indican, en cada caso, de los relacionados con carácter general en el Anexo I del*



presente Pliego ("Documentación General a incluir en el sobre nº 1, según los casos") para acreditar la capacidad jurídica y de obrar, solvencia técnica y económica y las declaraciones previstas en el presente pliego como anexos del sobre nº 1"

Estas indicaciones matizan la suficiencia de la declaración incluida en el DEUC para poder tener por acreditado en esta fase el cumplimiento del requisito de solvencia económica y financiera, en la medida en que se requiere expresamente que, o bien conste en el DEUC la declaración de la concurrencia del correspondiente requisito de solvencia, o bien, de no hacerse así, que se incluya en el sobre nº 1 la correspondiente documentación acreditativa. Esta previsión encuentra amparo legal en lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 140 de la LCSP, a cuyo tenor:

"2. Cuando de conformidad con la presente Ley, el pliego de cláusulas administrativas particulares o el documento descriptivo exijan la acreditación de otras circunstancias distintas de las que comprende el formulario del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente, los mismos deberán indicar la forma de su acreditación."

Se ha de subrayar aquí que, no habiendo sido impugnado el pliego, éste resulta vinculante para los licitadores, debiendo ajustarse estrictamente la presentación de proposiciones a lo establecido en el mismo.

Teniendo presente lo anterior, hay que referirse seguidamente al contenido del Anexo I del pliego, al que se remite la cláusula previamente citada. Citamos a continuación las previsiones de interés para la resolución del presente recurso:

"21 ANEXO I. SOBRE nº 1. DOCUMENTACIÓN GENERAL

Los documentos a los que se refiere el apartado 14.2.1 son los siguientes:

22 Instrucciones para cumplimentar el documento europeo único de contratación (DEUC)

(...)

La presentación del DEUC por el licitador sirve como prueba preliminar del CUMPLIMIENTO de los REQUISITOS PREVIOS especificados en el presente documento para participar en este procedimiento de licitación.



(...)

22.2 Documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera

Deberá presentarse documentación que acredite un patrimonio neto igual o superior a la mitad del capital social. A continuación se describen los criterios a aplicar:

□ Se analizarán los siguientes ratios en cuanto a los últimas cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil: Para todas las sociedades de capital: El patrimonio neto tiene que ser igual o superior a la mitad del capital social, en prueba de lo cual podrán aportarse cuentas anuales o extractos de las mismas. En todo caso, los licitadores que en virtud de disposiciones vigentes vengán obligados a dar publicidad a sus cuentas anuales, deberán presentar las cuentas depositadas en el Registro Mercantil.

Este requisito se basa en el artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital: “La sociedad de capital deberá disolverse: Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

(...)”.

Teniendo presente lo indicado en las cláusulas del pliego citadas, se advierte como, frente a lo que se defiende en el recurso, de la redacción del clausulado del pliego se desprende que para la acreditación de la solvencia económica y financiera no basta con la simple presentación del DEUC. Al no reflejarse en el DEUC presentado por la empresa recurrente el cumplimiento del requisito que se establece en el Anexo I, dicha circunstancia debe acreditarse, como allí se indica, mediante la presentación de las cuentas depositadas en el Registro Mercantil.

La propia empresa recurrente no dejaba de ser consciente de esta circunstancia, como revela el hecho de que en su sobre nº 1 presentase inicialmente, junto con el DEUC, un informe de auditoría en el que se incorporaba copia de sus cuentas anuales, si bien sin acreditar, como era inexcusable, que se tratase de las depositadas en el Registro Mercantil.



Conviene advertir aquí que no resulta óbice para esta consideración la doctrina contenida en las resoluciones de este Tribunal que se citan en el recurso, puesto que en este caso concurre una circunstancia singular que se aparta de los supuestos allí contemplados, cual es el hecho ya referido de que en el pliego se exige, con amparo en la disposición del apartado 2 del artículo 140 de la LCSP, la presentación de documentación adicional al DEUC para la acreditación de los requisitos de solvencia en los casos en que, como aquí ha sucedido, se trate de un requisito que no quede acreditado mediante dicha declaración. En tal situación resulta por ello perfectamente admisible el requerimiento de subsanación que aquí se llevó a efecto.

Tal requerimiento, por lo demás, aparece previsto expresamente en la siguiente cláusula del pliego que venimos citando:

“17.1 Sobre Nº 1. Calificación de la documentación general

Finalizado el plazo para la presentación de las ofertas se abrirán por el Departamento Jurídico los sobres nº 1 que contienen la documentación general y se constituirá la Comisión de Contratación para calificar la documentación presentada en tiempo y forma.

Examinada la documentación, si se observan defectos subsanables en la documentación presentada por los licitadores, INCIBE informará a los licitadores de los defectos subsanables encontrados en la documentación aportada y requerirá a los licitadores para que subsanen los defectos en un plazo de tres días hábiles, indicando que, si así no se hiciera, no se tendrán en consideración las ofertas presentadas. En fase de subsanación la documentación tendrá que estar en poder de INCIBE en el plazo señalado, no siendo suficiente la justificación del acuse de envío.

Transcurrido el plazo de subsanación mencionado, INCIBE notificará a los licitadores que han subsanado dentro del plazo establecido al efecto y que su oferta ha sido admitida; de igual forma, notificará a los licitadores que no hayan subsanado que sus ofertas no serán tomadas en consideración.

INCIBE se reserva el derecho a exigir a los licitadores que presenten documentación que acredite la veracidad de la información acreditada mediante declaración emitida por el responsable de la entidad”.



Nos encontramos por tanto con que el pliego, ley del contrato, requería en este caso que el DEUC se complementase con la aportación de la documentación establecida para acreditar la solvencia económica y financiera, esto es, las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil. De este modo, el licitador no podía eludir tal aportación amparándose en la declaración efectuada en su DEUC, donde no se acreditaba este requisito.

Es de interés citar aquí, por contemplar un supuesto similar, la Resolución de este Tribunal nº 34/2023 (Sección 1ª), de 26 de enero de 2023:

“El recurrente plantea como cuestión inicial que, con el DEUC, su declaración responsable, no existe fundamento para pedir, en este momento de la tramitación del contrato, justificación de sus referencias, de conformidad con el art. 140.1 de la LCSP. No obstante, los Pliegos, en el mismo apartado 12.3 del Cuadro de Características, cuando se refiere a “Acreditación” se dispone que: “Se acreditará mediante la relación de los trabajos avalados por certificados de buena ejecución en la forma establecida en el art. 90.1 a) LCSP. En la fase de licitación, no será necesario aportar estas referencias, siendo suficiente la presentación de una declaración responsable en la que se incluya una relación de los principales servicios o trabajos realizados. El licitador que resulte adjudicatario, deberá acreditar los trabajos o servicios mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación. No obstante, ACUAMED se reserva el derecho de solicitarla en cualquier momento que considere oportuno a lo largo del procedimiento de contratación”. También establece la página 59 del PCAP que: “El órgano o la mesa de contratación podrán pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato” De lo anterior se desprende que, no obstante no ser necesaria la acreditación inicial de la solvencia técnica, pues basta con declarar responsablemente su concurrencia en el licitador, el órgano de contratación se ha reservado en los pliegos el derecho a solicitarla en cualquier momento que considere oportuno, facultad que ejerció por medio del requerimiento de subsanación a results del cual concluyó, tras el oportuno análisis que dicha solvencia no estaba inicialmente acreditada. Los pliegos firmes,

por no haber sido recurridos en tiempo y forma, son ley del contrato. Es por ello por lo que el recurso no puede prosperar por este motivo.”

En definitiva, ha de concluirse en que el licitador aquí recurrente no acreditó debidamente su solvencia económica y financiera, en los términos requeridos por el pliego, al no aportar, ni inicialmente ni el trámite de subsanación conferido, las cuentas anuales de la empresa depositadas en el Registro Mercantil.

Séptimo. Resta tan solo examinar, por último, la alegación relativa a la pretendida insuficiencia del requerimiento de subsanación.

En este aspecto, la empresa recurrente critica la, a su juicio, falta de claridad y precisión del tenor del requerimiento, lo que no puede aceptarse a la vista del contenido del mismo, puesto que se hace clara referencia a la necesidad de aportación del depósito de cuentas anuales para acreditar la solvencia económica y financiera, y se especifica que el licitador no lo había aportado en el sobre nº 1, donde solo constan las cuentas anuales pero sin que figure que son las depositadas en el Registro Mercantil. Se añade asimismo que el DEUC no recoge información al respecto, siendo insuficiente para acreditar este extremo, y se concluye indicando que: *“Se requiere a la licitadora para que presente depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil”*.

Del análisis de la documentación presentada por INNOTECH se concluye en la falta de subsanación, puesto que presenta cuentas anuales que ya obraban en el expediente, no aportando el depósito de cuentas en el Registro Mercantil. Se acuerda por ello de manera conforme a derecho su exclusión.

Por lo demás, y para dar respuesta a todas las alegaciones del recurrente, hay que puntualizar que no resultaba exigible a la mesa el otorgamiento de una nueva oportunidad de subsanar una vez que el licitador no cumplimentó de forma adecuada el trámite de subsanación documental inicialmente conferido. En tal sentido, la doctrina de este Tribunal es contraria a la posibilidad de esa suerte de “subsanación de la subsanación”.

Citamos a este respecto la Resolución nº 939/2022 de la Sección 2ª de este Tribunal, de 21 de julio de 2022, en la que se razona como sigue:



“Así las cosas, en el presente supuesto entran en aparente conflicto, de un lado el antiformalismo que, reiteradamente, hemos afirmado que preside la contratación pública, y que permite, en determinadas circunstancias la subsanación de la oferta (siempre que se respete el principio de igualdad de trato y no dé lugar a la modificación de aquella, según hemos señalado, por todas, en la Resolución no 820/2022, de 1 de julio); y de otro, la interdicción del otorgamiento de un segundo trámite de subsanación (la “subsanación de la subsanación”) en aras del principio de igualdad de trato (por todas, Resolución no 1517/2021, de 4 de noviembre).

Y así, si bien hemos aceptado en varias ocasiones la posibilidad de subsanar la falta de traducción de un documento (bien que, únicamente, cuando se limita a acreditar el cumplimiento de un requisito exigido a la oferta –Resoluciones no 563/2022, de 19 de mayo, invocada por la recurrente, o no 378/2021, de 9 de abril-), no es menos cierto que, en estos casos, hemos corregido un exceso de formalismo del órgano de contratación, que excluía la oferta sin dar opción al licitador a subsanar el defecto considerado.

En el presente supuesto se da la circunstancia, fundamental a juicio de este Tribunal, de que la subsanación que entiende la recurrente debería habersele concedido hubiera supuesto una “subsanación de la subsanación”, puesto que el documento presentado en inglés lo fue como consecuencia de un requerimiento del órgano de contratación. Este dato determina la desestimación del motivo, puesto que, expuesta nuestra doctrina sobre la posibilidad de encadenar subsanaciones, no se advierte motivo alguno que permita hacer una excepción de la misma en el presente caso, sin vulnerar gravemente el principio de igualdad de trato. No es ocioso, en este punto, recordar que el licitador no es, como dijimos en nuestra Resolución no 773/2022, de 23 de junio, un administrado simple, en tanto su pretensión de contratar con el Sector Público le obliga a una diligencia específica (Resolución no 1863/2021, de 16 de diciembre, por todas). Diligencia que incluye el conocimiento y aceptación de los pliegos y la documentación que rige la licitación (artículo 139.1 de la LCSP), en los cuales, como hemos señalado en los antecedentes, se consignaba con toda claridad que la documentación debía ser aportada en castellano.

Por ello, y en aplicación de la doctrina citada, el recurso debe ser desestimado, pues no cabe exigir al órgano de contratación que requiera la subsanación de la subsanación”.



Por último, hemos de indicar que la prueba interesada por el recurrente resulta improcedente al tratar de acreditarse mediante la misma el cumplimiento del requisito de solvencia en cuestión, lo que ya no resulta admisible en esta vía de recurso.

Citamos aquí la Resolución nº 146/2023 de este Tribunal (Sección 2ª), de 9 de febrero de 2023:

“En definitiva, y como ya se expuso en la Resolución 1167/2017, de 12 de diciembre, –en un criterio que se mantiene en la más reciente 939/2022, de 21 de julio–, los documentos presentados fuera del plazo de subsanación otorgado dentro del establecido reglamentariamente, incluso presentados en vía de este recurso, “resultan manifiestamente extemporáneos”, por contrarios al texto del Reglamento y al principio de igualdad de trato entre los licitadores: “... siendo así que, de lo contrario, se estaría facultando a la actora contar con un mayor plazo de acreditación de su solvencia y de ulterior subsanación que los restantes licitadores, con patente infracción del principio de igualdad así como de la clara dicción del artículo 81.2 RGCAP (que, claramente, expresa que el plazo de subsanación no podrá ser “superior a tres días hábiles”) y de la referida cláusula XII del Pliego de aplicación. En tal sentido, cabe citar la resolución 747/2016 de este Tribunal, en la que se afirmaba que por razones de seguridad jurídica no cabe sino “admitir y calificar únicamente la suficiencia de los documentos presentados por los licitadores dentro de plazo, siendo completamente extemporánea su aportación en sede de recurso, sin que sea admisible, so pena de conculcar el principio de igualdad de trato entre los licitadores, una eventual subsanación de la subsanación”.”

Conforme a cuanto se ha expuesto, la actuación de la comisión de contratación fue correcta al excluir a la empresa recurrente por falta de acreditación de su solvencia económica y financiera en los términos requeridos por el pliego rector del contrato, por lo que procede la desestimación del recurso.

Por todo lo anterior,

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.A. en representación de la mercantil INNOTECH SYSTEM, S.L., frente al acuerdo de 16 de mayo de 2023 de exclusión de la proposición de dicha empresa del procedimiento de adjudicación del contrato de “*Servicio de análisis y procesamiento de eventos de ciberseguridad de nivel 1*” (expediente número 095/22), licitado por S.M.E. Instituto Nacional de Ciberseguridad de España M.P., S.A. (INCIBE).

Segundo. Levantar la suspensión cautelar operada, en virtud del 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 multa 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 a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES