Recurso nº 24/2023
Resolución nº 159/2023
Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 17 de febrero de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. I. M. S. , en nombre y representación de BERKLEY EUROPE AG, SUCURSAL EN ESPAÑA, contra el acuerdo de tener por retirada la oferta e imposición de penalidad en el procedimiento abierto que rige la contratación la contratación del "*Servicio de seguros en el marco de las actuaciones desarrolladas por el Instituto De Turismo De España, O.A.*", Lote 1, expediente número 020022C00034, convocado por el Instituto de Turismo de España (TURESPAÑA), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La licitación del presente contrato se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante, por aplicación de la DT 1ª), y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

El valor estimado del contrato es de 1.819.341,36 €.

Segundo. El anuncio de licitación al estar el presente procedimiento sujeto a regulación armonizada, fue enviado al Diario Oficial de la Unión Europea el día 24 de julio de 2022 y asimismo se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 9 de julio de 2022.

Tercero. El clausulado general del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de este contrato, dispone, en lo que aquí interesa, lo siguiente (el subrayado es nuestro):

"12.-*Solvencia económica y financiera: (Art. 87 LCSP)*

AVDA. GENERAL PERÓN 38, 8ª PLTA.
28071 - MADRID
TEL: 91.349.13.19
FAX: 91.349.14.41
Tribunal_recursos.contratos@hacienda.gob.es

Los empresarios licitadores deberán disponer de un volumen mínimo anual de negocios que, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos ejercicios concluidos y en el ámbito al que se refiere este contrato, deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato:

*LOTE 1: 241.920,00 € (Valor estimado 161.280€ * 1,5)…*

Modo de acreditarla:

Para acreditar la citada solvencia, se podrá optar por la cuenta anual del año de mayor volumen de negocio de los tres últimos ejercicios concluidos, siendo tan solo necesario presentar las cuentas anuales de un único ejercicio de los tres últimos, que cumpla lo estipulado en el párrafo anterior.

Esta cuenta estará cerrada, aprobada y depositada en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por la depositada 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.

En el caso de que en el certificado del R.O.L.E.C.E conste el resultado del volumen de negocios de cualquier de los balances de los últimos tres presupuestos concluidos y éste cumpla con la solvencia exigida para este contrato, bastará la presentación de dicho certificado para acreditar la solvencia económica y financiera. En este caso el adjudicatario deberá presentar una declaración responsable referida a que las circunstancias reflejadas en la certificación del registro, no han experimentado variación alguna hasta la fecha de emisión de la declaración.

Para el caso de las empresas de nueva creación (entendiendo por tales a las que tengan una antigüedad inferior a 5 años) y que carezcan de cuentas anuales registradas, deberán aportar declaración censal de comienzo de actividad, así como un informe emitido por una institución financiera que acredite la solvencia económica del empresario. Deberá constar expresamente que el banco o entidad financiera que emite el informe, conoce las condiciones del contrato y considera

solvente al empresario para responder de las obligaciones económicas derivadas del mismo.

En este caso, al estructurarse el contrato en Lotes, la empresa propuesta como adjudicataria deberá acreditar la solvencia económica y financiera para cada uno de los Lotes en los cuales haya sido propuesta, según lo indicado en este apartado."

Cuarto. Figura en el Acta de la Mesa de Contratación de su reunión de 20 de septiembre de 2022 lo siguiente (el subrayado nuevamente es nuestro):

"Punto 4 del orden del día. Revisión de la documentación aportada por el licitador propuesto como adjudicatario del expediente 020022C00034 "Contratación, por procedimiento abierto conforme al artículo 156 al 158 LCSP de un servicio de seguros en el marco de las actuaciones desarrolladas por el Instituto De Turismo De España, O.A." lote 1.

De acuerdo con lo recogido en los artículos 150.2 y 150.3 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, se revisa la documentación presentada por W.R. Berkley Europe AG, Sucursal en España, apreciándose lo siguiente:

- Se presentan cuentas anuales del ejercicio 2021 y un documento de depósito de cuentas en el Registro Mercantil de Madrid que indica como fecha de cierre de ejercicio 31/12/2020.

Se solicita que presente justificante del depósito de cuentas del mismo ejercicio del que se aportan las cuentas anuales, bien de un Registro Mercantil español, bien del registro correspondiente del país donde se realizase la inscripción de dichas cuentas.

Ello de conformidad a la Resolución nº 747/2018 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales."

Quinto. La respuesta al requerimiento se produjo el 21 de septiembre de 2022 indicando que:

"PRIMERO. Que el día 21 de septiembre de 2022, hemos recibido requerimiento de documentación en referencia la licitación indicada.

SEGUNDO. Que en dicho requerimiento nos indicaban que debíamos aclarar si las cuentas anuales que aportamos, en aplicación de la legislación extranjera, se elaboran en forma equivalente a la prevista en la legislación española.

TERCERO. Que Al tratarse de una sucursal en España de una sociedad extranjera aportamos cuentas anuales de la sociedad Matriz que, tal y como establece el art. 375 del Reglamento de Registro Mercantil "1. Las sociedades extranjeras que tengan abiertas sucursales en España habrán de depositar necesariamente en el Registro de la sucursal en que consten los datos relativos a la sociedad sus cuentas anuales y, en su caso, las cuentas consolidadas que hubieran sido elaboradas conforme a su legislación.

2. Dicho depósito se regirá por lo previsto en la sección 1.ª de este capítulo. Si las cuentas ya estuvieran depositadas en el Registro de la sociedad extranjera, la calificación del Registrador se limitará a la comprobación de este extremo. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo siguiente."

Es por ello, que nuestra sucursal ha depositado en el Registro Mercantil de Madrid los documentos correspondientes que certifican la inscripción de las cuentas anuales las de la sociedad matriz y, en su caso, las cuentas consolidadas que hubieran sido elaboradas conforme a su legislación, tal y como aportamos anteriormente, en los documentos que adjunto en el requerimiento."

A dicha respuesta se adjuntaron hasta 40 documentos, básicamente contratos de seguros celebrados con entidades públicas y privadas, pero además y también, el informe de solvencia económica y financiera de la matriz del grupo y un certificado de la sucursal en España de CITIBANK EUROPE, PLC, donde se indica que la recurrente *"mantiene cuenta en esta entidad y que de los antecedentes de nuestros archivos no se desprende circunstancia alguna contraria a su conducta mercantil en su relación con nosotros, considerándola hasta el momento con solvencia suficiente para el cumplimiento de sus obligaciones en esta Entidad".* También se acompaña la concesión de NIF de la entidad, si bien con fecha de 28 de octubre de 2015 y declaración de que no se ha dado de baja en el IAE.

También se contiene un escrito de 10 de septiembre de 2022, de alegaciones, que contiene el volumen global de negocio suscrito en España por la entidad, y un escrito de abril de 2022 en que ya se explica el régimen de depósito de cuentas de la entidad.

Sexto. Figura en el Acta de la Mesa de Contratación de 27 de septiembre de 2022 lo siguiente (el subrayado es nuestro):

> *"Punto 4 del orden del día. Revisión de la subsanación de la documentación aportada por el licitador propuesto como adjudicatario del expediente 020022C00034 "Contratación, por procedimiento abierto conforme al artículo 156 al 158 LCSP de un servicio de seguros en el marco de las actuaciones desarrolladas por el Instituto De Turismo De España, O.A." lote 1.*
>
> *La mesa evalúa la documentación que se requirió subsanar al licitador propuesto como adjudicatario, W.R. Berkley Europe AG, Sucursal en España:*
>
> *- Se presentaban cuentas anuales del ejercicio 2021 y un documento de depósito de cuentas en el Registro Mercantil de Madrid que indica como fecha de cierre de ejercicio 31/12/2020.*
>
> *Se solicitó que presente justificante del depósito de cuentas del mismo ejercicio del que se aportan las cuentas anuales, bien de un Registro Mercantil español, bien del registro correspondiente del país donde se realizase la inscripción de dichas cuentas.*
>
> *El licitador W.R. Berkley Europe AG presenta una declaración indicando que han depositado en el Registro Mercantil de Madrid los documentos correspondientes, pero no aportan la documentación solicitada en el requerimiento de subsanación, por lo que se entiende por retirada su oferta y se propone como adjudicatario provisional al siguiente licitador mejor clasificado, VidaCaixa, S.A.U. Seguros y Reaseguros.*
>
> *Ello de conformidad al artículo 150.2 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 y la Resoluciones nº 747/2018 y 309/2020 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales."*

Séptimo. Con fecha de 17 de octubre de 2022, se dictó *"acuerdo por el que se entiende retirada la oferta"* de la recurrente, que implica la exigencia en concepto de penalidad del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido y además, coetáneo acuerdo de adjudicación al siguiente licitador.

Dicho acuerdo fue notificado a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público el 18 de octubre de 2022, a las 14:02 horas, tal como figura en el expediente, si bien debe indicarse que con pie de firme erróneo -pues no se menciona la posibilidad de recurrir ante este tribunal, ofreciendo recurso de reposición o acudir directamente a la vía judicial; lo cierto es que en el expediente -tampoco con el recurso- se justifica de modo alguno que se usase recurso alguno entre tanto-. De hecho, el propio recurso menciona expresamente el único acto recurrido y su fecha de notificación.

Octavo. La recurrente interpone recurso el 9 de enero de 2023, al que finalmente se acompañó el depósito de cuentas, pero referida a las cuentas del ejercicio cerrado en 2020 (depósito que fue realizado el 28 de junio de 2022-. Se subsanó el escrito original el mismo día

Noveno. El 10 de enero de 2023, previo requerimiento del Tribunal del día 9, el órgano de contratación ha procedido a elaborar informe interesando la desestimación del recurso.

Décimo. En fecha 11 de enero de 2023 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formulasen alegaciones, lo que no han realizado.

Undécimo. El 19 de enero de 2023, la Secretaria general del Tribunal por delegación de este acordó denegar la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de contratación respecto del lote 1, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que, de darse los demás requisitos de procedibilidad, es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la 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).

Segundo. El recurso se ha interpuesto por persona legitimada al tratarse de licitadora del ~~el~~ presente contrato, cuyos derechos o intereses legítimos se ven directamente afectados o puedan resultar afectados por la Resolución que impugna –particularmente al tratarse de solo dos licitadores en liza-, por lo tanto, «*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*» (artículo 48, 1 de la LCSP).

Sobre la capacidad de obrar de la recurrente, sucursal de grupo internacional, debemos indicar que ya ha sido reconocido a la misma en resolución 1361/2022, que versaba precisamente sobre dicha capacidad de obrar.

Tercero. En el presente caso se recurre acto de tener por retirada la oferta e imposición de penalidad en el procedimiento de contratación de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000,00 euros de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44.1.a) que establece.

> *"1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:*
>
> *a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros…"*

El apartado 2 del citado precepto, al que se remite el apartado anterior, señala que solo podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

> *"b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso, se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de*

contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149"

En este asunto, como se ha expuesto, el acto recurrido es el acuerdo adoptado por el órgano de contratación por el que, confirmando la propuesta de la mesa, se acuerda considerar retirada la oferta de la recurrente e imposición de penalidad, de forma que se trata de un acto de trámite que pone fin al procedimiento para el licitador afectado y por ende susceptible de recurso con base en el citado artículo 44.2 b) de la LCSP.

Cuarto. En cuanto al plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, el mismo deberá interponerse en el plazo de quince días hábiles a partir del dia siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción, tratándose de actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, conforme se dispone en el artículo 50. 1. c) de la LCSP, de acuerdo con el artículo 44 del mismo texto legal.

En este caso, no hay duda de que el recurso es extemporáneo: la notificación del acto recurrido tuvo lugar el 18 de octubre de 2022. La interposición del recurso es de 9 de enero de 2023, casi tres meses después. El plazo se ha superado con creces y el recurso ha de ser considerado como extemporáneo y en consecuencia inadmitirse con base en el artículo 55 d) de la LCSP.

Ciertamente, el acto recurrido indicaba erróneamente el posible recurso administrativo frente al mismo, señalando como tal el recurso de reposición pero era correcta, al indicar el recurso en vía jurisdiccional: el recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses.

Dicho error parcial no puede, en el caso que nos ocupa, conducir a la admisión de este recurso especial, al entender la notificación defectuosa con base en lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Las razones para ello son tres. La primera que el error en el pie de recurso no ha impedido que el recurrente interponga el legalmente correcto, que es el recurso especial que ahora resolvemos sin que al hacerlo, denuncie el defecto anteriormente señalado siquiera para justificar la extemporaneidad en la que incurre. La segunda es que la extemporaneidad en la que incurre es manifiesta, más de

tres meses, y que ese plazo es superior incluso al señalado en el pie de recurso de la notificación, para el recurso de reposición (un mes) y, sobre todo, para el recurso contencioso-administrativo (dos meses). La tercera es que admitir el recurso supondría desconocer que el pie de recurso jurisdiccional era correcto y manifiestamente superior al del recurso administrativo y que el recurrente dejó transcurrir el plazo señalado en la notificación, sin interponer recurso alguno.

Dadas las circunstancias expuestas, debemos señalar que ni la Administración puede beneficiarse del error que ella misma propicia (considerar extemporáneo un recurso, cuando este no se indica en la resolución notificada o se indica erróneamente) ni el recurrente puede hacerlo en todo caso, beneficiándose de dicho error, cuando este es parcial y cuando se ha superado con creces el plazo de interposición del recurso correcto, siendo aquel manifiestamente inferior (15 días hábiles) al concedido en la notificación (un mes/dos meses).

A mayor abundamiento y *obiter dicta*, debemos señalar que el recurso habría sido desestimado, aunque hubiera sido admitido, *quod non*.

En efecto, frente a lo señalado por el recurrente en su escrito, el requerimiento inicial y de subsanación ha sido claro y sus términos han sido recogidos y destacados, subrayándose, en los antecedentes de hecho de esta resolución:

Se solicitó que presente justificante del depósito de cuentas del mismo ejercicio del que se aportan las cuentas anuales, bien de un Registro Mercantil español, bien del registro correspondiente del país donde se realizase la inscripción de dichas cuentas.

Pese a ello, el recurrente ni inicialmente, ni después de la subsanación aportó la documentación que según los pliegos, sería admisible para justificar su solvencia económica. Habiendo operado en España durante más de cinco años, lo normal para ello sería la aportación de cuentas anuales y depósito de las mismas, respecto de cualesquiera de los últimos tres ejercicios. Lo cierto es que podía aportarlo, puesto que, aunque careciese del depósito de las últimas cuentas, resulta desde luego, que las del ejercicio 2020 ya se hallaban depositadas desde junio de 2022, antes de los requerimientos, y sin embargo no las aportó al ser requerido, sino hasta la interposición, por otro lado extemporánea, del presente recurso. Por tanto, tampoco utilizó la subsanación que le fue otorgada para acreditar dicha exigencia de los pliegos.

Las razones anteriores conducen a señalar que el recurso habría sido desestimado, si hubiera sido admitido, *quod non.*

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. I. M. S. , en nombre y representación de BERKLEY EUROPE AG, SUCURSAL EN ESPAÑA, contra la exclusión de la oferta de la licitadora en el procedimiento abierto que rige la contratación la contratación del "*Servicio de seguros en el marco de las actuaciones desarrolladas por el Instituto De Turismo De España, O.A.*", Lote 1, expediente número 020022C00034, convocado por el Instituto de Turismo de España (TURESPAÑA).

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 sanción prevista en el artículo 58.2 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 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.