

Recurso nº 260/2019
Resolución nº 173/2019

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 8 de mayo de 2019, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don José Luis Sánchez Ayuso, en nombre y representación de Greenback, S.L.N.E., contra su exclusión de la licitación nº 6011800295, convocada por Metro de Madrid, S.A. para la contratación, por procedimiento abierto, de un “servicio de consultoría de medición y análisis para el control de ruido y vibración en Metro de Madrid”, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 21 de diciembre 2018, Metro de Madrid, S.A. (en adelante Metro o Metro de Madrid) convocó, a través del perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la licitación número 6011800295 para la contratación de un servicio de consultoría de medición y análisis para el control de ruido y vibración en Metro de Madrid a adjudicar por procedimiento abierto a la oferta con la mejor relación calidad precio.

Conforme al apartado 16 del cuadro resumen del Pliego de Condiciones Particulares (en adelante PCP), el plazo de presentación de ofertas de la referida



licitación vencía el 21 de enero de 2019 a las 12:00 horas. El valor estimado del contrato es de 220.000,00 euros.

Segundo.- En fecha 11 de abril de 2019 Greenback, S.L.N.E. (en adelante GREENBACK) presenta ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra su exclusión en el procedimiento, por no acreditar en fase de adjudicación la solvencia económica requerida. Textualmente según la notificación recibida en fecha 28 de marzo a través del sistema “Comunícate”:

“Exclusiones en la fase de Acreditación de Requisitos correspondientes a la licitación, por procedimiento abierto, de un servicio de consultoría de análisis y medición para el control de ruido y vibración en Metro de Madrid. (Licitación 6011800295) Metro de Madrid S.A., una vez revisada la acreditación de requisitos de la oferta presentada por la empresa GREENBACK a esta licitación, ha acordado, su exclusión por los motivos que se indican a continuación:

Metro de Madrid, tras el examen de la documentación remitida por la empresa GREENBACK el día 14 de marzo de 2019, a efectos de acreditar personalidad jurídica, capacidad de obrar, representación, solvencia y adscripción de medios, requirió la subsanación de la documentación de la solvencia económica y financiera por los motivos que se expone a continuación:

El apartado ‘20. Solvencia económica y financiera’ del cuadro resumen del Pliego de Condiciones Particulares cita textualmente:

‘Al licitador que haya presentado la mejor oferta, y en todo caso a cualesquiera otros licitadores si se considera necesario durante la tramitación del procedimiento, se le requerirá la aportación de los documentos siguientes:

Copia de las cuentas anuales aprobadas y justificación de su depósito en el Registro Mercantil o en el registro oficial que corresponda...’

La documentación presentada no recoge una justificación del depósito en el Registro Mercantil de las cuentas anuales aprobadas, con fecha posterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas.

En consecuencia, Metro de Madrid inició el trámite de subsanación de la documentación de solvencia económica y financiera mediante un escrito remitido el día 22 de marzo de 2019 mediante la aplicación de notificaciones electrónicas



COMUNÍCATE, en el que se requiere a GREENBACK lo siguiente:

- *Copia de las cuentas anuales aprobadas y justificación de su depósito en el Registro Mercantil o en el registro oficial que corresponda, de fecha anterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas.*

La condición '6.3 Documentación administrativa' del Pliego de Condiciones Particulares cita textualmente: 'El momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con Metro de Madrid será el de finalización del plazo de presentación de ofertas.'

Una vez computados los plazos conforme a los Pliegos que rigen la licitación, la empresa GREENBACK no presenta la justificación de su depósito en el Registro Mercantil o en el registro oficial que corresponda, de fecha anterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas, sino de fecha posterior.

En consecuencia, y de conformidad con lo previsto en las condiciones '6.3. Documentación administrativa' y '9.4. Acreditación del cumplimiento de los requisitos previos a la adjudicación del contrato' del Pliego de Condiciones Particulares, la oferta de GREENBACK queda excluida del procedimiento".

Tercero.- En lo que interesa a este procedimiento, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares recoge sobre la solvencia económica:

"20. Los licitadores deberán cumplir los siguientes requisitos de solvencia económica y financiera:

Volumen anual de negocios, referido al mejor ejercicio de los últimos tres disponibles, por importe igual o superior a 82.500,00 euros.

Para acreditar su solvencia económica y financiera, los licitadores deberán aportar la declaración responsable incluida como anexo IV del PCP, indicando que cumplen las condiciones exigidas. La no presentación de la declaración indicada dará lugar a un plazo de subsanación de tres días hábiles a partir de la fecha de su solicitud. En caso de no recibirse la documentación requerida en el plazo señalado, la oferta será excluida del procedimiento.

Al licitador que haya presentado la mejor oferta, y en todo caso a cualesquiera otros licitadores si se considera necesario durante la tramitación del procedimiento, se le requerirá la aportación de los documentos siguientes:



Copia de las cuentas anuales aprobadas y justificación de su depósito en el Registro Mercantil o en el registro oficial que corresponda, correspondientes al mejor ejercicio de los últimos tres disponibles (debiendo entenderse a estos efectos que los últimos tres ejercicios disponibles serán los tres ejercicios anteriores respecto de los que esté vencida la obligación de depositar las cuentas en el Registro Mercantil). Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante la presentación de los libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil. En las agrupaciones de licitadores se contabilizará la suma del volumen de negocios de cada una de las empresas miembros de la agrupación. En el caso de empresas extranjeras, para acreditar este requisito deberán aportar el equivalente a las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil o en el registro oficial que corresponda en el país de su domicilio social”.

Cuarto.- El 15 de abril de 2019 Metro de Madrid acusa recibo de la solicitud de la Secretaría del Tribunal por la que requirió al órgano de contratación la remisión del expediente de contratación completo acompañado del informe preceptivo., habiendo contestado en fecha 24 de abril.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 (en adelante, LCSP) y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita la legitimación activa de la recurrente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP “*Podrá interponer el correspondiente recurso*

especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”, siendo la empresa propuesta inicialmente como adjudicataria.

Se acredita igualmente la representación con que actúa el firmante del recurso, que es Administradora único de la empresa.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto contra la exclusión del primer clasificado de un contrato de servicio cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) de la LCSP este contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación por razón de su cuantía.

Cuarto.- El recurso trata sobre los medios de acreditar la solvencia económica y financiera y el depósito de las cuentas en el Registro Mercantil.

Alega la recurrente en un extenso escrito lo siguiente (que se resume):

“Resulta clave al interés de esta parte, explicar al Tribunal la reiterada vulneración del derecho de acceso al sistema de licitación por medios telemáticos mediante la plataforma de asistencia denominada SRM. ‘Se impidió así la resolución de las consultas, entre las que se manifiesta las relativas a la solvencia económica y otras como el consumo del presupuesto total estimado, que sería aclarado por el órgano adjudicador una vez declarada la oferta de GREENBACK’. Discriminación del licitador en la fase de consultas que impidiera haber resuelto cualquier interpretación unilateral de los términos de los Pliegos”.

No obstante lo anterior, el órgano adjudicador expresó en su PCP que el requisito de solvencia económica y financiera era cumplir la condición de un volumen anual de negocios, referido al mejor de los últimos tres ejercicios debía ser superior a 82.500,00 euros, cumpliendo el ratio máximo establecida en la LSCP de 1.5 veces el importe anual del contrato según su precio estimado (220.000 euros / 4 años =



55.000 euros x 1.5 = 82.500 euros) y para acreditarlo debían presentar la declaración responsable y disponían de un plazo de 3 días desde su solicitud para subsanar el defecto de dicha presentación.

GREENBACK, presentó su declaración responsable (documento 33), afirmando que era una microempresa y que cumplía dicho requisito de volumen de negocio superior a 82.500 euros en el mejor de los últimos tres ejercicios, pues lo cumplía.

Por tanto, resulta obvio que la declaración responsable que se considera necesaria y obligatoria para la licitación está presentada en tiempo y forma. Siendo esta la única documentación que se pide para ello y, por tanto, la que según su literal, la explicación del tramitador y nuestra interpretación del mismo, debiera estar presentada antes de la finalización de presentación de ofertas.

Como se puede ver en la redacción de METRO la presentación de las cuentas anuales no resulta obligatoria para el concurso, máxime cuando no es uno de los documentos que hay que presentar durante el periodo de presentación de ofertas. Y simplemente se hace mención a que podría solicitarse si se considerara necesario. Circunstancia que se ha producido y que ha hecho que se los aportáramos con fecha 12 de marzo de 2019, en menos de 3 días desde el requerimiento, aunque ofrecían un plazo de 7 días.

Es decir, la presentación de las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil es el medio de acreditar la solvencia, no es el requisito. El requisito es el volumen de negocios mínimo anual. La condición que da por cumplido el requisito es que sea superior a 82.500 euros. Y dichas circunstancias, requisito y condición, deben cumplirse desde la fecha de presentación de la oferta hasta, al menos, la perfección del contrato. El medio para acreditarlo es pues un elemento subsanable. Mientras que el requisito y su condición de cumplimiento es un elemento insubsanable.



Y por último, y no por ello menos importante, la no presentación de Cuentas en el Registro Mercantil, aun siendo un medio de acreditación de requisitos de solvencia económica y financiera en la ley LCSP, no es un requisito, ni su condición de cumplimiento, y por lo tanto, no resulta un elemento excluyente. Está tasado en la propia Ley de Sociedades de Capital las consecuencias de dicha no presentación, mediante sanción económica, pero no sería causa de exclusión. No habiéndose podido poner de acuerdo con el órgano de contratación sobre la interpretación de la cláusula por las dificultades de acceso a la plataforma.

Acompaña a su escrito un documento con las Cuentas Anuales Abreviadas de 2016, presentadas en el Registro Mercantil de Madrid el 12 de marzo de 2019 a las 9:51 horas.

En definitiva, viene a señalar el recurrente que el requisito de solvencia económica viene cumplido con la declaración del DEUC (que acompaña) y que el depósito de las cuentas en el Registro Mercantil es un medio de acreditación y no un requisito, no siendo su incumplimiento causa de exclusión.

Metro de Madrid, tras la consabida reiteración de la doctrina conforme a la cual los Pliegos son la ley que rige el contrato, se reitera en que el licitador no presentó las cuentas depositadas en el Registro Mercantil cuando se le requirió ni en plazo de subsanación, teniendo como referencia para esta presentación y, por ende, para acreditar la solvencia la fecha límite de presentación de las proposiciones, 21 de enero de 2019.

Recuerda este Tribunal que corresponde al órgano de contratación determinar los medios, de entre los fijados en la Ley, para acreditar la solvencia económica y financiera, no siendo objeto susceptible de negociación, siendo indiferente tuviera o no acceso fácil el licitador a la plataforma de comunicación con la entidad convocante a estos efectos.

Según el artículo 140.4 de la LCSP, *“Las circunstancias relativas a la*



capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato.”

La declaración del volumen de negocios en el DEUC no es un medio de prueba del mismo, sino una forma de facilitar la licitación, requiriendo la documentación solo al adjudicatario; es una declaración responsable de su cumplimiento, no una prueba.

El artículo 150.2 de la LCSP expresa que *“una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos”*.

La solvencia económica según el Pliego se acredita mediante *“copia de las cuentas anuales aprobadas y justificación de su depósito en el Registro Mercantil o en el registro oficial que corresponda”*.

Estas cuentas anuales, correspondientes además al ejercicio 2016, a fecha 21 de enero de 2019, plazo final de presentación de proposiciones, no estaban depositadas en el Registro Mercantil, sino que en fecha el 12 de marzo de 2019 se verifica simplemente su presentación, ni siquiera su depósito, pues tras la



presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales aprobadas por la junta general de accionistas, el Registrador procederá a su calificación y si no aprecia defectos en las mismas tendrá por efectuado su depósito y practicará el correspondiente asiento de las mismas (artículos 280.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 368 del Reglamento del Registro Mercantil).

Señala el artículo 368 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil:

“Artículo 368. Calificación e inscripción del depósito.

1. 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 2.º del apartado 1 del artículo 366.

2. Verificado el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el artículo anterior, el Registrador tendrá por efectuado el depósito, practicando el correspondiente asiento en el Libro de depósito de cuentas y en la hoja abierta a la sociedad. El Registrador hará constar también esta circunstancia al pie de la solicitud, que quedará a disposición de los interesados”.

Y el 280 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital:

“Artículo 280. Calificación registral.

1. *Dentro de los quince días siguientes al de la fecha del asiento de presentación, el Registrador calificará bajo su responsabilidad si los documentos presentados son los exigidos por la ley, si están debidamente aprobados por la junta general y si constan las preceptivas firmas. Si no apreciare defectos, tendrá por efectuado el depósito, practicando el correspondiente asiento en el libro de depósito de cuentas y en la hoja correspondiente a la sociedad depositante. En caso contrario, procederá conforme a lo establecido respecto de los títulos defectuosos.*

2. *El Registro Mercantil deberá conservar los documentos depositados durante el plazo de seis años”.*



Esto es el depósito, que es lo exigido por el Pliego y la LCSP no se encontraba ni siquiera verificado en fecha 12 de marzo de 2019.

El depósito implica el control de legalidad de las cuentas.

El PCAP es conforme al artículo 87.3.a) de la LCSP:

“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”.

Procede la desestimación del recurso porque el licitador no acredita en fase de adjudicación que a fecha final de presentación de las proposiciones tuviera la solvencia económica requerida.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 44.1 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 don José Luis Sánchez Ayuso, en nombre y representación de Greenback, S.L.N.E. contra su exclusión de la licitación nº 6011800295, convocada por Metro de Madrid, S.A. para la contratación, por procedimiento abierto, de un servicio de consultoría de medición y análisis para el control de ruido y vibración en Metro de Madrid.

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 del 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.

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL POR SUSTITUCIÓN

