

**RECURSO 81/2016.
RESOLUCIÓN 81/2016**

Resolución 81/2016, de 14 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Arag, S.E., Sucursal en España, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se le excluye del procedimiento de contratación de un contrato de seguro médico, asistencia en viaje y accidente para los estudiantes de la Universidad de Salamanca.

Primero.- La Universidad de Salamanca convoca, mediante anuncio publicado el 3 de agosto de 2016 en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Estado y el 30 de agosto en el Boletín Oficial del Estado, licitación para adjudicar, por el procedimiento abierto, el contrato de seguro médico, asistencia en viaje y accidente para los estudiantes de la Universidad de Salamanca, cuyo valor estimado (IVA excluido) es de 238.800,00 euros.

Segundo.- El 21 de septiembre se reúne la Mesa de contratación y, tras analizar la documentación administrativa general presentada por los licitadores, requiere la subsanación de las deficiencias advertidas. En concreto, requiere a la empresa Arag, S.E., Sucursal en España, la aportación de la siguiente documentación:

“Cláusula II.2.1b) y el apartado G.1) del cuadro anexo al pliego: documentación acreditativa de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional.

»a) Volumen anual de negocios que 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.

»- [Arag, S.E., Sucursal en España] presenta únicamente la declaración sobre el volumen de negocios de los últimos tres años. Deberá acreditar al menos uno de los ejercicios presentando las cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil o en el registro oficial en que deba estar inscrito”.

Tercero.- El 23 de septiembre Arag, S.E., Sucursal en España, presenta como documentación acreditativa de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional, las cuentas anuales del ejercicio 2014 -aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil- y una declaración jurada del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Cuarto.- El mismo día 23 de septiembre la Mesa de contratación se reúne para comprobar la documentación subsanatoria presentada por los licitadores y acuerda la exclusión de Arag, S.E., Sucursal en España, por no haber subsanado la documentación presentada.

Dicho acuerdo se comunica a la licitadora por correo electrónico el 26 de septiembre y en él se argumenta lo siguiente:

“La Mesa de contratación comprueba que la citada empresa presenta la documentación solicitada, en concreto lo referente a la acreditación del volumen anual de negocios, dicha acreditación se realiza mediante las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil como se indica en el apartado G.1 del cuadro anexo al pliego relativo a los requisitos de solvencia (al que remite la cláusula III.2.1.b). No obstante, el depósito de las cuentas está realizado el día 22 de septiembre de 2016, por lo que teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 146.5 TRLCSP que señala que “el momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración será el de finalización del plazo de presentación de ofertas”, siendo el fin de plazo de presentación de ofertas en este caso el día 19 de septiembre (sic).

»Constituyen estos hechos, al incumplir lo dispuesto en la cláusula II.2.1 b) del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige esta contratación, causa de exclusión, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 54.1 del TRLCSP y tal como se recoge en la cláusula III.3.1 de dicho pliego que señala que “si los defectos u omisiones no fueran subsanados, la proposición será rechazada por la Mesa de contratación mediante resolución motivada”.

Quinto.- El 27 de septiembre la Mesa de contratación propone la adjudicación del contrato a Europ Assistance España, S.A. de Seguros y Reaseguros.

En la misma fecha se requiere a esta empresa la aportación de la documentación prevista en el artículo 151.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

Sexto.- El 29 de septiembre la empresa remite por correo electrónico un escrito (presentado en el registro del órgano de contratación el día 30) en el que manifiesta lo siguiente:

“Arag, S.E., Sucursal en España presentó sus cuentas anuales ante el Registro Mercantil de Barcelona el día 03-05-2016, tal y como pueden comprobar en la página primera y en la última de las cuentas anuales presentadas.

»Con fecha 22-09-16 lo que Arag hizo fue solicitar una acreditación de esas cuentas, por ser más rigurosos, a pesar de que no era necesario, ya que a nuestro entender con presentarles las cuentas depositadas en el Registro mercantil ya era suficiente. Por tanto, reiteramos que la fecha de presentación de las cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil de Barcelona es la del 03-06-16, fecha anterior a la de finalización del plazo de presentación de ofertas que en este caso era el día 19-09-16.

»Es por ello que argumentamos que hemos cumplido el requisito de haber presentado las cuentas en el Registro Mercantil con anterioridad al 19 de septiembre, fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas.

Por ello, solicita que se tenga por subsanada en tiempo y forma la documentación del sobre A y se admita la proposición presentada por la empresa.

Séptimo.- El 30 de septiembre la Mesa de contratación se reúne para valorar el escrito de alegaciones presentado. En el acta de la reunión se hace constar lo siguiente: “Tras el oportuno debate, una vez constatada la existencia de un sello del Registro Mercantil de 3 de mayo de 2016 en la última página del documento presentado, página que tanto por el anverso como por el reverso está en blanco, salvo la estampación del citado sello, la Mesa de contratación considera que una vez acordada la exclusión y notificada la misma, lo que procede es la interposición de los recursos establecidos en la ley, los cuales se indican en la exclusión comunicada con fecha 26 de septiembre, por lo que se acuerda, por unanimidad, dar respuesta al referido escrito en este sentido”.

Dicho acuerdo se notifica a la empresa los días 4 y 5 de octubre por correo electrónico y correo certificado, respectivamente.

Octavo.- El 14 de octubre D. yyyy, en nombre y representación de Arag, S.E., Sucursal en España, presenta en el registro de este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales un recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión, en el que reitera que las cuentas anuales se depositaron en el Registro Mercantil el 3 de mayo de 2016 (“como aparece junto con el sello del Registro en la última página”) y no el 22 de septiembre de 2016.

Noveno.- En esa misma fecha la Secretaría del Tribunal requiere a la recurrente para que acredite su representación.

Décimo.- El 21 de octubre el Tribunal admite a trámite el recurso con el número de registro 81/2016 y requiere al órgano de contratación para que remita el expediente de contratación, acompañado del correspondiente informe así como la dirección de correo electrónico de las empresas licitadoras interesadas, a efectos de notificarles la concesión del preceptivo trámite de audiencia.

Decimoprimer.- El 7 de noviembre tiene entrada en el registro de este Tribunal el expediente junto con el informe del órgano de contratación de 3 de noviembre.

Se señala en el informe que el recurso se ha presentado de forma extemporánea y que “la decisión de excluir de la mesa se debe a la falta de acreditación del depósito de cuentas anuales” Se afirma que “del documento presentado por la empresa en plazo de subsanación no se acredita en qué fecha se depositaron las cuentas, antes al contrario, la primera hoja del Registro Mercantil de Barcelona señala una fecha el 22 de septiembre de 2016, y la última hoja, en la que basa el fundamento la recurrente, es una hoja en blanco por ambos lados, y solo figura un sello de mayo de 2016, que en absoluto demuestra que ese sello se refiera al depósito de las cuentas, máxime cuando no aporta ni siquiera un certificado del Registro Mercantil certificando la fecha de depósito”.

Finalmente, el órgano de contratación no ve inconveniente en acordar la suspensión solicitada por la recurrente.

Decimosegundo.- Por Acuerdo 40/2016, de 16 de noviembre, se abre un periodo de prueba por un plazo de diez días hábiles, a fin de que el recurrente acredite documentalmente que la fecha de depósito de las cuentas anuales que aportó tras el requerimiento de subsanación es el 3 de mayo de 2016. En dicho Acuerdo se justifica la medida adoptada de la siguiente forma:

“La cuestión de fondo que se suscita en el recurso especial es exclusivamente de carácter probatorio, esto es, si las cuentas anuales aportadas por la empresa para acreditar su solvencia económica se depositaron en el Registro Mercantil antes del fin del plazo de presentación de proposiciones. Tal controversia deriva de la existencia de dos fechas en el documento presentado por la empresa: una figura en la primera hoja, la de 22 de septiembre de 2016; otra, la que consta en la última hoja, es la de 3 de mayo de 2016.

»Si bien del texto que figura en la primera hoja parece desprenderse que la fecha de 22 de septiembre de 2016 hace referencia a la fecha de expedición de la información del Registro, no hay certeza de que la fecha que figura en el sello de la última hoja (3 de mayo de 2016) corresponda al depósito de cuentas anuales, dado que se trata de una hoja en blanco por ambos lados sin referencia alguna al acto al que hace referencia el sello. Por ello, dado el carácter determinante que para la resolución del recurso especial tiene este dato, este Tribunal debe tener un conocimiento exacto del significado de tales fechas y, en particular, de la relación de la fecha de 3 de mayo de 2016 con el depósito de las cuentas anuales aportadas por la empresa, al ser ésta la fecha que figura en la última hoja del documento presentado por la empresa y que se alega por ella”.

Decimotercero.- Por Acuerdo 41/2016, de 16 de noviembre, se accede a la medida cautelar solicitada y se suspende el procedimiento de contratación.

Decimocuarto.- El 28 de noviembre Arag, S.E., Sucursal en España, aporta una certificación del Registro Mercantil de Barcelona en la que consta que el 25 de abril de 2016 la empresa presentó las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014 y que quedaron depositadas el 3 de mayo de 2016 con el número de archivo 36012384 (número de archivo y fecha que constaban en la documentación aportada por la empresa en el trámite de subsanación).

Decimoquinto.- El 29 de noviembre se concede un plazo de cinco días hábiles al órgano de contratación y al resto de licitadores para que presenten

las alegaciones que consideren convenientes respecto al documento presentado y la prueba practicada.

Decimosexto.- El 7 de diciembre tiene entrada en el registro de este Tribunal un escrito de la Universidad de Salamanca en el que se alega que, si bien se ha acreditado en vía de recurso especial el cumplimiento del requisito de solvencia de la empresa, el recurso debe desestimarse ya que la licitadora debió aportar dicha documentación cuando se le requirió en el trámite de subsanación concedido por el órgano de contratación, por lo que su falta de aportación en ese trámite, que demuestra la falta de diligencia de la empresa, justifica la exclusión acordada.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- El recurso se ha interpuesto contra el acto de exclusión adoptado por la Mesa de contratación en el procedimiento de contratación de un servicio sujeto a regulación armonizada, acto susceptible, por tanto, de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con los artículos 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

3º.- La empresa está legitimada para interponer el recurso, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP, y está acreditada su representación.

4º.- El recurso se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 44.2.b) del TRLCSP. Según el citado precepto, cuando el recurso se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, el cómputo del plazo de 15 días hábiles se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

Consta en el expediente -y se reconoce por el órgano de contratación en su informe- que el acuerdo de exclusión se notificó a la empresa el 26 de septiembre. Por ello y dado que, de acuerdo con el citado artículo 44.2.b), el cómputo del plazo se inicia el día siguiente al de la notificación del acto (no "desde el siguiente a su dictado", como extrañamente afirma el órgano de contratación en su informe), la interposición del recurso el día 14 de octubre se ha realizado en plazo.

5º.- En cuanto al fondo del asunto, este Tribunal, a la vista de la prueba practicada, concluye que la documentación aportada por la empresa acreditaba que las cuentas anuales estaban depositadas en el Registro Mercantil con anterioridad a la finalización del plazo de presentación de las ofertas.

Resulta del expediente que la Mesa de contratación, tras comprobar la documentación administrativa incluida en el sobre A, constata deficiencias en la presentada por Arag, S.E., Sucursal en España y le requiere la subsanación de la siguiente documentación prevista en los pliegos:

"Cláusula II.2.1.b) y el apartado G.1) del cuadro anexo al pliego: documentación acreditativa de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional.

»a) Volumen anual de negocios que 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.

»-Presenta únicamente la declaración sobre el volumen de negocios de los últimos tres años. Deberá acreditar al menos uno de los ejercicios presentando las cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, o en el registro oficial en que deba estar inscrito. (...)"

Atendiendo a dicho requerimiento, la empresa aporta las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014, depositadas en el Registro Mercantil. En la documentación consta que la información mercantil presentada fue expedida por el Registro Mercantil de Barcelona el 22 de septiembre de 2016 y en la última hoja figura un sello en el que se indica que el depósito de cuentas se realizó el 3 de mayo de 2016. Así se desprende de la prueba practicada, ya que

ésta acredita que las cuentas anuales se depositaron el 3 de mayo y no el 22 de septiembre, como entendió la Mesa de contratación y que motivó la exclusión del licitador.

El motivo de exclusión de la empresa, según consta en el acta de la Mesa de contratación, es el siguiente: "(...) el depósito de las cuentas está realizado el día 22 de septiembre de 2016, por lo que, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 146.5 TRLCSP, que señala que `el momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración será el de finalización del plazo de presentación de ofertas´, siendo el fin de plazo de presentación de ofertas en este caso el día 19 de septiembre".

Por ello, este Tribunal considera, a la vista de la prueba practicada, que la documentación aportada por la empresa en el trámite de subsanación era suficiente para acreditar la solvencia económica exigida.

La controversia no versa, por lo tanto, sobre la falta de aportación por la empresa de la documentación subsanatoria o sobre la insuficiencia de ésta, sino que deriva de la interpretación y valoración por la Mesa de contratación de la veracidad de la documentación aportada. No se trataría, por tanto, de conceder un segundo plazo de subsanación, lo que no es posible (Resoluciones 60/2012 y 174/2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y Resolución 43/2013, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía), ya que, en caso contrario, cabría conceder ilimitados periodos subsanatorios, con los problemas y dilaciones que ello conllevaría.

Ahora bien, tal imposibilidad no debe conducir a que los meros errores materiales, fácilmente constatables por la Mesa de contratación, o las dudas que puedan surgir sobre los documentos presentados, como es el caso, determinen la exclusión automática del licitador sin haber requerido aclaración sobre ello, al amparo de lo previsto en el artículo 82 del TRLCSP.

La Mesa de contratación, en aplicación del principio de proporcionalidad que debe regir la actuación administrativa, pudo hacer uso de la posibilidad prevista en el artículo 82 del TRLCSP, que prevé que "El órgano de contratación o el órgano auxiliar de éste podrá recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos anteriores

[relativos a la solvencia empresarial] o requerirle para la presentación de otros complementarios”.

Como ha señalado el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en sus Resoluciones 43/2013 y 117/2015, “el precedente normativo inmediato de este precepto se encuentra en el artículo 22 del RGLCAP, habiendo declarado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Recomendación 2/2002, de 5 de junio, sobre el funcionamiento de las mesas de contratación previsto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la distinta finalidad de los plazos previstos en los artículos 22 y 81.2 del RGLCAP concluyendo que ambos plazos no son excluyentes y que se pueden presentar supuestos en que hayan de aplicarse los dos plazos en un mismo procedimiento, bien sea de forma simultánea o sucesiva. En este sentido, manifiesta que mientras el plazo de tres días hábiles previsto en el artículo 82.1 del RGLCAP se concederá para la subsanación de omisiones, errores o defectos materiales subsanables, entendidos estos como los que no afectan al cumplimiento de los requisitos sino a su acreditación, el artículo 22 se refiere a la comprobación del cumplimiento de los requisitos legales de capacidad y solvencia y no estar incurso en prohibición de contratar, pudiendo la Administración en este caso hacer uso del plazo de cinco días cuando considere que dicho incumplimiento debe ser aclarado”.

Por ello, la Mesa de contratación pudo y debió solicitar aclaración al licitador sobre la autenticidad del sello y de la fecha que consta en la última página de las cuentas anuales aportadas, en concreto sobre su correspondencia con la realidad registral, en lugar de acordar la exclusión de aquél por esta sola circunstancia. La desproporción entre la duda que ofrecían los documentos aportados (no cabe hablar de ausencia de prueba, ya que la documentación presentada por la empresa constituía un indicio probatorio, sólido como ha quedado acreditado, de la solvencia exigida) y la grave consecuencia para la empresa, en este caso su exclusión del procedimiento, justificaba sobradamente que la Mesa de contratación hubiera hecho uso de la posibilidad de aclaración prevista en el artículo 82 del TRLCSP.

Al no hacerlo así, la exclusión de la empresa ha constituido, como se ha comprobado, una actuación contraria a derecho, además de desproporcionada, ya que la empresa sí cumplía el requisito de solvencia técnica exigido en los

pliegos. En consecuencia, procede estimar el recurso interpuesto y anular la resolución impugnada, a fin de que sea valorada la proposición formulada por la empresa recurrente.

En su virtud, y al amparo de lo establecido en los artículos 47 TRLCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

III RESUELVE

PRIMERO.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ARAG, S.E., Sucursal en España, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se le excluye del procedimiento de contratación de un contrato de seguro médico, asistencia en viaje y accidente para los estudiantes de la Universidad de Salamanca, y ordenar la retroacción del procedimiento al momento anterior a la exclusión.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

TERCERO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 49 del TRLCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).