

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 20 de junio 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil THE COCKTAIL EXPERIENCE, S.L.U., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 23 de febrero de 2024 por la que se le excluye del Lote 1 del Acuerdo marco de servicios y suministros de nube de innovación para soportar la transformación digital de la Comunidad de Madrid (2 lotes), número de expediente ECON/000020/2023, licitado por la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Con fechas 27 y 29 de marzo de 2023, respectivamente, se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, el anuncio de licitación y los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del acuerdo marco, mediante procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con pluralidad de criterios y dividido en dos lotes.

El valor estimado del acuerdo marco asciende a 80.000.000 euros y su plazo de ejecución a 24 meses.

Segundo. - A la presente licitación se presentaron cincuenta y cuatro ofertas, entre ellas la recurrente, que presentó oferta a ambos lotes

Celebrados por la Mesa de contratación los actos de apertura, calificación y valoración de la documentación aportada en los distintos archivos electrónicos, en la sesión de 20 de octubre de 2023 se procede a la clasificación de ofertas para ambos lotes, para posteriormente requerir la documentación a los licitadores previa a la adjudicación.

En fecha 12 de febrero de 2024 se publica en el Tablón de Anuncios del Portal documento denominado “Comunicación de Defectos y Omisiones Subsanables de la Documentación Previa a la Adjudicación del Expediente”, que, en relación a la recurrente recoge:

“THE COCKTAIL EXPERIENCE, SLU

- 1. Apoderamiento: Poder acreditativo de la representación del firmante de la oferta, declarado bastante para concurrir y contratar por un Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.*
- 2. Solvencia económica o financiera: Acreditación de la presentación de las 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, correspondiente a cualquiera de los tres últimos ejercicios contables aprobados, de conformidad con lo establecido en el apartado 6 de la cláusula 1 del PCAP”*

En sesión celebrada por la Mesa el 23 de febrero de 2024, en lo concerniente a la calificación de la documentación aportada por la recurrente, se recoge lo siguiente:

“THE COCKTAIL EXPERIENCE, SLU - LOTE 1

Solvencia económica o financiera:

No acreditan la presentación de las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, correspondiente a cualquiera de los tres últimos ejercicios contables aprobados, de conformidad con lo establecido en el apartado 6 de la cláusula 1 del PCAP.

Lo que presentan es un informe de INFORMA.”

Y, en relación al Lote 1, se acuerda:

“...En relación con el Lote 1: Las empresas ADESSO SPAIN, SLU y THE COCKTAIL EXPERIENCE, SLU, no han subsanado la documentación requerida por lo que quedan excluidas de la clasificación para el proveedor de nube Salesforce.”

El informe del órgano de contratación hace referencia a que el acuerdo Marco está pendiente de adjudicación.

Tercero. - El 25 de abril de 2024 tiene entrada en el Registro de la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid el recurso especial en materia de contratación interpuesto por THE COCKTAIL EXPERIENCE, S.L.U. contra el acuerdo de exclusión de su oferta del Lote 1, solicitando su anulación, con retroacción de actuaciones a efectos de la admisión de su solvencia técnica. Solicita asimismo la medida de suspensión de la tramitación del procedimiento.

Dicho recurso tiene entrada en este Tribunal el 7 de mayo de 2024, remitido desde Madrid Digital.

Ese mismo día 7 de mayo de 2024, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación, de conformidad con el artículo 56.2 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 (en adelante LCSP), solicitando la desestimación del recurso y oponiéndose a la suspensión del procedimiento.

Cuarto. - No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación del Lote 1, que pretende la anulación de su exclusión y, por tanto, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de exclusión se publicó en el Portal el 8 de abril de 2024 y el recurso fue interpuesto el 25 del mismo mes, ante el registro del órgano de contratación, siendo posteriormente remitido por éste a este Tribunal, por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el acuerdo de exclusión de un acuerdo marco de suministro, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.b) de la LCSP.

Quinto. - El fondo del asunto se circunscribe a la acreditación de la solvencia económica y financiera de la recurrente, por lo que, resulta de interés, antes de analizar las alegaciones de las partes, transcribir las cláusulas del PCAP concernidas por el recurso:

Establece la Cláusula 1, apartado 6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, lo siguiente:

“6. Solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

Acreditación de la solvencia económica y financiera:

- Artículo 87.1.a) de la LCSP: Volumen anual de negocios, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas.

Criterio de selección para este requisito

Se deberá acreditar en la cuenta de pérdidas y ganancias de cualquiera de los tres últimos ejercicios contables aprobados y depositadas en el Registro Mercantil u oficial que corresponda, un volumen de negocios mínimo anual igual o superior a:

Lote 1: 3.000.000,00.- euros, IVA no incluido.

Lote 2: 1.500.000,00.- euros, IVA no incluido.

El volumen anual de negocios del licitador se acreditará por medio de la documentación indicada en los dos apartados siguientes:

o Declaración responsable que indique el volumen anual de negocios de los tres últimos ejercicios disponibles y, o Presentación de las 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.”

Sostiene la recurrente que efectuado requerimiento para la acreditación de la presentación de las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, dentro del plazo conferido, concretamente, el 23 de diciembre de 2023, se presenta la documentación requerida, entre las que se encuentra los acuses de presentación de cuentas en el Registro Mercantil de los ejercicios 2021, 2020 y 2019, acreditando así la presentación de las cuentas anuales de la mercantil en el citado Registro.

Posteriormente, fue requerida para subsanación, limitándose el requerimiento de subsanación dirigido por el órgano de contratación, a reiterar lo señalado en el PCAP, sin especificar el motivo de la subsanación, o en su caso sin motivar la razón de no aceptación de los acuses de presentación de cuentas anuales en el Registro Mercantil.

En fase de subsanación, continúa señalando, constando ya presentados los documentos acreditativos de presentación de cuentas anuales en el Registro Mercantil, se procede a presentar documento de INFORMA, en el que cabe advertir la extensa información que contiene, conforme se puede verificar de su simple revisión y conforme se determina en la propia página web de INFORMA. Y añade que, en el referido documento de INFORMA, aportado a la licitación, existe un enlace que lleva directamente a las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil, que han servido de fuente para la emisión del mismo,

Apunta que en cuanto fue concedora del acta de la Mesa impugnada, publicada el 8 de abril de 2024, en la que se acuerda su exclusión para el proveedor de nube Salesforce, al considerar que *“No acreditan la presentación de las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, correspondiente a cualquiera de los tres últimos ejercicios contables aprobados, de conformidad con lo establecido en el apartado 6 de la cláusula 1 del PCAP. Lo que presentan es un informe de INFORMA”*, procedió a enviar aclaración en el siguiente sentido:

“... en el informe de INFORMA que se ha aportado para la subsanación de la acreditación de la solvencia financiera, se insertan archivos pdf ejecutables que redirigen a una url independiente con acceso directo a las cuentas anuales solicitadas según el apartado 6 de la cláusula 1 del PCAP. Parece ser que al descargar el informe desde la plataforma y ejecutar el archivo fuera del entorno de la misma esta funcionalidad se pierde no es posible el acceso directo. Es por ello que con el ánimo de facilitar el acceso, acabamos de aportar a través de la Sede Electrónica de este mismo portal el documento que contiene los datos de las cuentas anuales a los que el Área de gestión de la contratación hubiera podido acceder si esta funcionalidad se hubiera ejecutado correctamente.”

A la vista de lo acaecido entiende la recurrente que de la literalidad de los pliegos no se desprende que sea necesario aportar un certificado del Registro Mercantil en el que se atestigüe las cuentas anuales que obran presentadas, sino que, lo que se pide acreditar es que las cuentas anuales constan presentadas, aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, pequeño matiz de redacción que tiene relevancia, a su juicio, pues en los casos en los que la interpretación del mismo genere discordancia, ya se han pronunciado diversas Resoluciones de los diferentes Tribunales de recursos contractuales, que cita en su recurso, señalando que la ambigüedad u oscuridad en la redacción de las cláusulas de los pliegos no puede perjudicar a los licitadores, como se pretende en este caso.

Y concluye que ha acreditado sin ningún género de dudas su solvencia económica mediante la acreditación de la aprobación, presentación y depósito de sus cuentas anuales en el Registro Mercantil, pues constan aportados los justificantes de presentación en el Registro de las cuentas anuales de los ejercicios 2019, 2020, 2021; así como documento de INFORMA, el cual obtiene la información que contempla directamente, entre otras fuentes, de las cuentas anuales que obran presentadas, depositadas y aprobadas en el Registro Mercantil que, a la postre, es lo solicitado en la Cláusula 1.6 del PCAP.

Adicionalmente, el mismo documento de INFORMA contiene múltiples enlaces que conducen tanto a las cuentas anuales que constan depositadas en el Registro Mercantil, cuentas que han servido para la emisión del documento INFORMA, así como enlaces directos a la Memoria, información que ha servido igualmente para la emisión del documento señalado.

Por su parte, el órgano de contratación alega que, inicialmente, la recurrente presentó, junto a la declaración responsable indicativa de la cifra de negocio relativa a los ejercicios 2019, 2020 y 2021, acuses de recibo de presentación de documentos en el Registro Mercantil. En estos acuses no consta la razón social de la recurrente, ni indicación de qué documentos son los que se presentan, añadiendo el órgano de contratación que a los mismos no se añade el documento de las cuentas presentadas, no siendo una declaración responsable un medio de acreditación de la solvencia. Por otro lado, señala, con el acuse de recibo aportado se verificaría su presentación, pero no su depósito, requisito exigido en pliego.

Por este motivo, se le requirió de subsanación, requerimiento en que se hacía constar expresamente la necesidad de aportar cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, de conformidad con lo establecido en el apartado 6 de la cláusula 1 del PCAP.

Y como respuesta a dicho requerimiento, señala el órgano de contratación, la licitadora aportó un Informe financiero emitido por INFORMA, documento que no se corresponde con la documentación requerida y a través del cual no podía accederse a las cuentas solicitadas, como después reconoció la ahora recurrente, pues al descargar el informe desde la plataforma y abrir el informe fuera del entorno, esta funcionalidad se perdía.

Informa el órgano de contratación a este Tribunal de que intentó acceder a las cuentas a través de los enlaces del documento, pero se solicitaba un usuario y una contraseña que no habían sido facilitadas, por lo que no pudieron verificarse (adjunta pantallazo).

Concluye, por tanto, no pudo apreciarse el cumplimiento del requisito de solvencia económica exigido para el Lote 1, no siendo posible un segundo trámite de subsanación.

Vistas las alegaciones de las partes, desea señalar este Tribunal que el pliego es claro a la hora de recoger el requisito necesario para cumplir la solvencia del Lote 1: volumen de negocios mínimo anual igual o superior a 3.000.000,00.- euros, y su forma de acreditación, que se efectuará a través de dos documentos complementarios:

o Declaración responsable que indique el volumen anual de negocios de los tres últimos ejercicios disponibles y,

o Presentación de las 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.

Siendo la recurrente una S.L.U., debió presentar su declaración responsable acompañada de las correspondientes cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil.

Del examen del expediente que ha efectuado este Tribunal, se constata, como además reconoce la propia recurrente, que la documentación aportada inicialmente fue una declaración responsable que contenía la cifra de negocio de la citada mercantil, correspondiente a los ejercicios 2019, 2020 y 2021. No constan en el expediente remitido por el órgano de contratación los acuses de recibo de presentación en el Registro mercantil referidos por las partes en sus escritos, si bien su controversia se centra en entender si era necesario el depósito de las cuentas en el Registro, como señala el órgano de contratación; o únicamente su presentación, como señala la recurrente, que entiende que no se motivó por qué “los acuses de presentación de cuentas no eran suficientes”.

Pues bien, de la lectura de los pliegos se desprende claramente que debían presentarse cuentas depositadas en el Registro Mercantil, por lo que no existe oscuridad alguna en la cláusula que pueda interpretarse en favor de la recurrente.

Señala a este respecto el artículo 368 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro mercantil, que el depósito de cuentas se efectuará por el Registrador, una vez calificados los documentos presentados y verificado el cumplimiento de los requisitos necesarios, practicándose en ese caso, asiento en el Libro de depósito de cuentas. El Registrador hará constar esta circunstancia al pie de la solicitud, que quedará a disposición de los interesados.

Procede traer a colación en este punto la consolidada doctrina de que los pliegos son la ley del contrato y obligan por igual a los licitadores y al órgano de contratación.

Por su parte, el artículo 139.1 de la LCSP establece *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

En atención a lo anterior, la recurrente no acreditó inicialmente su solvencia económica conforme a pliego.

En lo concerniente al requerimiento de subsanación, este se redactó conforme a lo establecido en pliego, habida cuenta de que lo presentado no se correspondía con lo regulado en ellos, no apreciando este Tribunal falta de motivación.

Y tras ese requerimiento, tampoco se aporta documento de cuentas, ni asiento de presentación de las mismas, sino documento financiero emitido por INFORMA que, pudiendo contener enlace a dichas cuentas, no fue presentado en el formato necesario para permitir su acceso al órgano de contratación, como también reconoce

la recurrente en su recurso y en el escrito que presentó, una vez conocida su exclusión, ante el órgano de contratación.

De lo anterior, extrae como conclusión este Tribunal que la solvencia económica y financiera de la recurrente no fue acreditada conforme a lo establecido en pliego, ni en su documentación inicial, ni en la documentación aportada tras el oportuno requerimiento, no pudiéndose efectuar la subsanación de lo ya subsanado, procediendo la desestimación de su recurso.

Desestimado el recurso, no procede la adopción de medidas cautelares.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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 la representación legal de la mercantil THE COCKTAIL EXPERIENCE, S.L.U., contra el Acta de la Mesa de fecha 23 de febrero de 2024 por la que se le excluye del Lote 1 del Acuerdo marco de servicios y suministros de nube de innovación para soportar la transformación digital de la Comunidad de Madrid (2 lotes), número de expediente ECON/000020/2023, licitado por la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad 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 multa prevista en el artículo 58 de la 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.