

Recurso nº 99/2016

Resolución nº 103/2016

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

En Madrid, a 1 de junio de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don C.H.B., en nombre y representación de Spain Bull Productions, S.L., don M.J.S., en nombre y representación de Espectáculos Taurinos y Gestión, S.L. y don C.S.M., en nombre y representación de Automáticos Natural, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 18 de abril de 2016, por el que se adjudica el contrato “Realización de festejos taurinos durante las fiestas populares de Torrejón de Ardoz durante los años 2016/2017”, número de expediente: PA 15/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 16 de marzo de 2016 se publicó en el BOCM el anuncio de licitación del contrato de servicios mencionado, a adjudicar mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios, con un valor estimado de 355.371,90 euros.

Finalizado el plazo para la presentación de proposiciones, se admitieron a la licitación a cuatro empresas, incluidas las recurrentes.

Realizados los trámites pertinentes el día 18 de abril de 2016 se dicta Acuerdo de la Junta de Gobierno Local por el que se adjudica el contrato a la empresa Tauroventacol, S.L., al haber resultado la oferta más ventajosa.

Clasificada en segundo lugar se encuentra, Spain Bull Productions, S.L., en tercer lugar Espectáculos Taurinos y Gestión, S.L., y en cuarto lugar, Automáticos Natural, S.L.

Segundo.- La notificación de la adjudicación fue remitida por correo certificado con fecha de salida de 21 de abril de 2016, a las empresas licitadoras, indicándose en la misma que contra el acto podría interponerse, ante el mismo órgano que ha dictado el acto, con carácter potestativo, recurso de reposición en el plazo de un mes o bien directamente recurso contencioso administrativo, en el plazo de dos meses ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, contados ambos desde el día siguiente a la recepción de la notificación.

Tercero.- El contrato fue formalizado el día 6 de mayo de 2016.

Cuarto.- El día 17 de mayo de 2016, los representantes de las empresas Spain Bull Productions S.L., Espectáculos Taurinos y Gestión, S.L. y Automáticos Natural, S.L. presentaron ante el Tribunal escrito de interposición de recurso especial formulado contra la adjudicación del contrato.

El recurso fue anunciado al Ayuntamiento ese mismo día.

El día 19 de mayo de 2016 se recibe en el Tribunal, remitido por el órgano de contratación, el expediente administrativo y el informe preceptivo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP.

Quinto.- El órgano de contratación en su informe efectúa un resumen de las actuaciones seguidas en el expediente y manifiesta que el recurso es extemporáneo al haberse interpuesto fuera del plazo establecido. Argumenta que el Acuerdo de adjudicación del contrato fue remitido a las empresas el día 22 de abril de 2016,

como consta en el expediente, por lo que el plazo de 15 días previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP para la interposición de recurso especial en materia de contratación, finalizaba el día 11 de mayo de 2016.

Manifiesta que el escrito de interposición de recurso fue presentado en el Tribunal el día 17 de mayo de 2016. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.3 del TRLCSP, la presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso, por lo que la fecha de presentación del recurso a tener en consideración el día 18 de agosto de 2015, fecha de entrada del recurso en el Tribunal, es decir superados los 15 días previstos para dicho trámite en el artículo 44.3 del TRLCSP, por lo que debe considerarse extemporáneo o fuera de plazo. No hace alegaciones sobre el fondo del recurso.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo se ha recibido escrito de alegaciones de la empresa Tauroventacol, S.L., que mantiene la extemporaneidad del recurso, la falta de representación de los firmantes del mismo y que las alegaciones realizadas distorsionan realidades e involucran a distintas entidades mercantiles que nada tiene que ver con el actual procedimiento. Igualmente manifiesta que queda acreditado en el expediente “la realidad profesional, económica y técnica que acreditan la solvencia de la empresa a la que represento”. Por todo ello solicita se inadmita el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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 personas jurídicas licitadoras de forma independiente.

De las circunstancias de la licitación se deduce que únicamente puede reconocerse legitimación a la empresa Spain Bull Productios, S.L., al tratarse de una licitadora “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (Artículo 42 del TRLCSP), pues al haber quedado clasificada en segundo lugar, la estimación del recurso la colocaría en posición de ser adjudicataria del contrato.

No cabe reconocer, por el contrario, legitimación a las restantes empresas recurrentes puesto que como ya ha declarado este Tribunal en numerosas ocasiones, entre otras la Resolución 50/2015 de 6 de abril, al dirigirse el recurso exclusivamente contra la adjudicataria del contrato, y estar clasificadas las recurrentes en tercer y cuarto lugar, no podrían obtener en ningún caso, de prosperar el recurso, la adjudicación del contrato y por tanto carecen de legitimación activa.

En consecuencia, se acredita la legitimación de Spain Bull Productions, S.L. y la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El acto recurrido es el Acuerdo de 18 de abril de 2015, por la que se adjudica un contrato de servicios, de categoría 26 del Anexo II del TRLCSP, por importe superior a 209.000 euros y, por lo tanto, susceptible de recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.b) y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- Especial mención debe hacerse sobre el plazo de interposición ya que el órgano de contratación ha alegado la extemporaneidad del recurso. El plazo para interponer el recurso especial viene establecido en el TRLCSP que en el apartado 2 del artículo 44 dispone: “*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente*

a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 19.5 párrafo segundo, del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (REPER), si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso.

Es decir, presupuesto necesario para que el plazo comience a correr, en el caso de la adjudicación del contrato, desde la remisión de la notificación, es que la misma contenga además del texto íntegro y la motivación correspondiente, los datos precisos para que la licitadora pueda interponer el recurso contra la misma. Entre esos datos se encuentra la indicación de la posibilidad de recurso, el órgano ante el que se puede interponer y el plazo (artículo 58.2 Ley 30/1992).

En este caso, consta que el Acuerdo notificado indica que cabe recurso de reposición ante el órgano que dictó el acto, en el plazo de un mes, cuando lo que procede es el recurso especial en materia de contratación interpuesto en el plazo de quince días hábiles desde la remisión de la notificación, ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. Por lo tanto no puede considerarse que la notificación, errónea, haya desplegado sus efectos en perjuicio de la recurrente que ha formalizado en recurso especial en el plazo indicado.

De manera que, no pudiendo el error en la notificación perjudicar a la recurrente, debe considerarse que el plazo, de acuerdo con el 19.5 del REPER, comenzó en el momento en que el interesado inició actuaciones que supongan conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga recurso. En

consecuencia el recurso se ha interpuesto dentro de plazo.

Quinto.- En cuanto a los motivos del recurso, se alega en primer lugar la falta de capacidad de obrar de la adjudicataria puesto que “*la entidad TAUROVENTACOL S.L fue creada con fecha 29 de marzo de los corrientes con un capital social de 3000€, con el único socio y administrador a DON T.E.M., encontrándose en periodo de licitación de concurso pendiente de inscripción en el Registro Mercantil. Estos hechos fueron puestos en conocimiento de la Entidad Local promovedora del concurso, en periodo de licitación, mediante remisión de comunicación por Letrado en Ejercicio Enrique Suarez García y a pesar de ello no se excluyó a la citada mercantil del proceso, documento que se adjunta al presente*”.

El Pliego de Condiciones Económico Administrativas (PCEA) que rige la presente contratación, en su cláusula sexta 1.A) establece:

“*Podrán presentar proposiciones las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en prohibiciones de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.*

1. *La capacidad de obrar de los empresarios se acreditará:*

a) *La capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas, mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate*.

El Tribunal comprueba que la Escritura de constitución de la empresa, Tauroventacol, S.L., otorgada con fecha 29 de marzo de 2016, no consta inscrita en el Registro Mercantil. Tan solo aparece una certificación de que no figura registrada la denominación y que queda reservada, con indicación de que la certificación tiene una vigencia a efectos del otorgamiento de la escritura, de tres meses desde su expedición.

En consecuencia, siendo preciso para acreditar la capacidad de obrar de las personas jurídicas, la escritura pública de constitución debidamente inscrita en el Registro Mercantil tal y como establecen los artículos 20 y 33 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010 de 10 de julio y no habiéndose acreditado esta circunstancia en el expediente ni el trámite de alegaciones concedido a la adjudicataria, debe estimarse el recurso por este motivo, y anular la adjudicación recaída, excluyendo a la empresa Tauroventacol, S.L. de la licitación al no acreditar la capacidad de obrar exigida en el artículo 54 del TRLCSP.

La estimación del recurso por este motivo hace innecesario el análisis de los demás motivos alegados por la recurrente, no obstante por su importancia debe hacerse mención al relativo a la carencia de solvencia económico financiera y técnica.

El PCEA en el apartado 3.1 de la cláusula sexta estipula lo siguiente:

3.1 La solvencia económica y financiera y técnica del empresario se acreditará del siguiente modo:

“- Solvencia económica: Mediante la presentación de informes de instituciones financieras y declaración sobre el volumen global de negocios en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato. Se entenderá cumplida la solvencia cuando se hayan realizado actividades por importe de, al menos, 150.000 euros en los dos últimos años.

- Solvencia técnica: Ser o haber sido propietario, adjudicatario o gestionando, tanto como empresa como persona física de la explotación de cosos taurinos en España en los últimos 3 años, cumpliendo cualquiera de los siguientes requisitos:

Plazas de primera y/o segunda: Acreditar la realización de seis ferias en, una o varias plazas de dicha categoría.

Plazas de tercera categoría: Acreditar la realización de 30 festejos mayores (corrida de toros o rejones) en una o varias plazas de dicha categoría.

Plazas no permanentes o portátiles: Acreditar la realización de 40 festejos mayores (corrida de toros o rejones) en varias plazas de dicha categoría.

Esta solvencia se acreditará mediante la presentación de contratos o de certificados de buena ejecución.”

Estos requisitos se reproducen en el Pliego de Condiciones Técnicas, debiendo cumplimentarse en este sentido el Anexo 6 relativo a la experiencia de la empresa en los distintos tipos de festejos.

Sostiene la recurrente que la adjudicataria no ha acreditado la mencionada solvencia por ningún medio, argumentando que “*La entidad adjudicataria, al haberse crea “ex profeso” unos días antes del fin del término de presentación de propuestas del concurso impugnado, no cumple con ninguna de las mencionadas condiciones Técnicas para tener la condición de Licitador por lo que procede su exclusión del concurso*”.

El Tribunal comprueba que en la documentación incluida en su oferta por la adjudicataria, constan dos declaraciones de cesión de solvencia: una, suscrita por el administrador de la empresa gestora de la explotación y organización de los festejos taurinos de la plaza de segunda categoría de Huesca, en la que se hace constar que la empresa Albahaca & Plata, S.L., cede la solvencia y la efectiva disposición de medios para la ejecución del contrato durante el año 2016. La segunda declaración la suscribe el gerente único de la UTE denominada Equitauro, S.L. & Tomas Entero Martín, “UTE Puerto de Santa María 2014”, que en términos análogos cede la solvencia y la efectiva disposición de medios para la ejecución del contrato.

El artículo 63 del TRLCSP bajo la rúbrica “*Integración de la solvencia con medios externos*”, establece que “*Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios*”.

Sobre la integración de la solvencia con medios ajenos se ha pronunciado este Tribunal en otras ocasiones, baste citar la Resolución 18/2014, de 29 de enero,

concluyendo que “*si bien es posible integrar la clasificación con medios externos, debe asimismo tenerse en cuenta que la valoración como suficiente de esta fórmula de integración de solvencia queda condicionada a que el licitador demuestre que dispondrá de los medios necesarios para la ejecución del contrato, correspondiendo a la entidad adjudicadora comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado.* La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 29/2008, de 10 de diciembre señala que la “*Directiva indica expresamente que la admisibilidad de la integración de solvencia con medios externos queda condicionada a que el licitador demuestre que dispondrá de los medios necesarios para la ejecución del contrato. En ese mismo sentido la jurisprudencia del TJCE hace hincapié en que corresponde a la entidad adjudicadora comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado, y que esa disponibilidad no se presume, por lo que el órgano al que corresponda apreciar la solvencia de los licitadores o candidatos presentados a un procedimiento de adjudicación deberá examinar minuciosamente las pruebas aportadas por el licitador al objeto de garantizar a la entidad adjudicadora que en el periodo al que se refiere el contrato el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo invocados”.*

En primer lugar debe tenerse en cuenta que la empresa se ha constituido en el presente año, después incluso del anuncio del procedimiento de licitación del contrato, por lo que se da la circunstancia de que es la totalidad de su solvencia la que tiene que ser cedida por otras entidades.

Sin embargo la integración de la solvencia en este tipo de contratos de servicios, necesariamente requiere que la licitadora posea alguna solvencia, y que ésta deba completarse, sin que pueda suplirse totalmente por la de empresas ajenas, puesto que en ese caso, la licitadora vendría a ser una mera empresa intermediaria. Por otro lado, debería acreditar, como se ha indicado anteriormente, que dispone efectivamente de los medios necesarios para el cumplimiento del contrato.

En este caso, además de no contar con un mínimo de solvencia propia tampoco ha explicitado de ninguna forma esa disposición de medios, por lo que procede igualmente estimar este motivo de recurso.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 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.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación formulado por don M.J.S., en nombre y representación de Espectáculos Taurinos y Gestión, S.L. y don C.S.M., en nombre y representación de Automáticos Natural, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 18 de abril de 2016, por el que se adjudica el contrato “Realización de festejos taurinos durante las fiestas populares de Torrejón de Ardoz durante los años 2016/2017”, por falta de legitimación y estimar el interpuesto por don C.H.B., en nombre y representación de Spain Bull Productions, S.L., anulando la adjudicación y el contrato celebrado, retrotrayendo las actuaciones al momento previo a la calificación de la documentación presentada, debiendo excluir a Tauroventacol, S.L. del procedimiento de licitación.

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 47.5 del TRLCSP.

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 49 TRLCSP.