

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

En Madrid, a 18 de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.T.G., en nombre y representación de la Fundación Deporte Base (Fundeba), contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 19 de junio del 2018, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato “Dinamización deportiva en las instalaciones deportivas básicas del Distrito de Usera, en el marco de los planes integrales de Barrio (PIBAS) de Meseta de Orcasitas, Zofío y San Fermín”, número de expediente: 300/2018/00302, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria del procedimiento abierto se publicó en el BOCM y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 8 de marzo de 2018. El valor estimado asciende a 487.200 euros.

Interesa destacar en relación con el motivo de recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), en el Anexo I apartado 12, establece:

“- Acreditación de la solvencia técnica o profesional:

Artículo 78.1. a) del TRLCSP (...).

REQUISITOS MÍNIMOS DE SOLVENCIA: Se considerará acreditada cuando la empresa o entidad presente una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos cinco años, incluido el año de la licitación, (2014, 2015, 2016, 2017 y 2018) en servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato acompañando los oportunos certificados, habiendo ejecutado durante el año de mayor ejecución un importe igual o superior a 100.000 euros (IVA incluido).

Se tomará como criterio de correspondencia entre los servicios ejecutados por el empresario y los que constituyen el objeto del contrato la igualdad entre los dos primeros dígitos de los respectivos códigos CPV. La acreditación se efectuará mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, podrá acreditarlo mediante una declaración del empresario”.

Segundo.- A la licitación se presentaron seis empresas, entre ellas la recurrente.

Mediante Acuerdo de la Mesa de contratación de 4 de mayo de 2018, se eleva al órgano de contratación propuesta de adjudicación del contrato a favor de la Fundación Deporte Base (Fundeba), ya que había presentado la oferta económicamente más ventajosa, según la ponderación de los criterios de adjudicación. La Mesa acuerda igualmente “requerir al propuesto adjudicatario la documentación prevista en el artículo 151 del TRLCSP, en el que se especifique la oferta presentada”.

La Mesa de contratación se volvió a reunir el día 31 de mayo de 2018 y a la vista de la documentación aportada por Fundeba el 30 de mayo, la considera insuficiente para acreditar la solvencia técnica exigida, por lo que concede un plazo de subsanación.

El día 6 de junio Fundeba, cumplió el trámite aportando la documentación que consideró necesaria.

El 15 de junio de 2018, se reunió nuevamente la Mesa de contratación para analizar la documentación presentada y en relación con la solvencia técnica y profesional señala: *“En la relación de trabajos aportada junto al escrito de subsanación, la propia entidad indica que todos los trabajos están en ejecución.*

Para no obstaculizar el acceso a la contratación, en base al informe del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 493/2017, la Mesa de Contratación ha considerado válidos los certificados referidos a contratos de servicios en los que la prestación se prolonga a lo largo de diversos años y el certificado de buena ejecución se refiere a anualidades de servicios ya ejecutados aun cuando el contrato no haya finalizado en toda su extensión. También, en base al citado informe, se han considerado válidos los certificados de contratos de servicios sujetos a prórroga cuando constan previamente prorrogados y los certificados de buena ejecución de los contratos privados.

Sin embargo no han sido considerados los certificados del Director General de Deportes porque no están emitidos a nombre de la entidad Fundación Deporte Base. Aunque estos certificados están emitidos a nombre de los patronos de la fundación no se han considerado en base a que Fundación Deporte Base no presenta acreditación documental del compromiso vinculante de dichos patronos de integrar su solvencia a la de la entidad citada”.

En consecuencia, la Mesa acuerda “excluir a FUNDACION DEPORTE BASE del procedimiento, conforme al artículo 22 del RD 817/2009 de 8 de mayo, toda vez que el licitador no presenta la documentación exigida en el artículo 146 TRLCSP” y propone elevar al órgano de contratación propuesta de adjudicación y requerimiento de la documentación prevista en el artículo 151 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en TRLCSP, a favor de Idel Innovación y Desarrollo, S.L.

El Acuerdo fue notificado a la entidad el día 19 de junio de 2018.

Tercero.- El 20 de junio de 2018 tuvo entrada en el registro del órgano de contratación, el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Fundeba en el que solicita la admisión de su oferta y que le sea

adjudicado el contrato, ya que considera que ha acreditado suficientemente la solvencia técnica exigida.

Cuarto.- El 22 de junio de 2018, el órgano de contratación remitió el recurso, copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere 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 (LCSP) de cuyo contenido se dará cuenta al resolver sobre el fondo del recurso.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Transcurrido el plazo no se ha recibido ningún escrito.

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 recurso.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, el Acuerdo de exclusión, fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, el 9 de marzo de 2018.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora al contrato “*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*” ya que ha sido excluida y recurren contra su exclusión.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues el Acuerdo fue adoptado el 15 de junio de 2018, notificándose el 19 de junio, siendo interpuesto el recurso 20 de junio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1.c) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión del procedimiento, de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, afirma la recurrente que el compromiso de los patronos de poner a disposición de la Fundación, para la ejecución de este contrato su solvencia y sus medios técnicos, ya estaba suficientemente acreditado y demostrado por las razones siguientes:

Se entregaron en tiempo y forma los estatutos vigentes donde se detallan que estas dos entidades Distrito Olímpico y Adae Simancas son miembros del Patronato de la Fundación. Es decir, no son unos simples “asociados” sino miembros del órgano de Gobierno de nuestra entidad.

También obra en poder de la Mesa de contratación un documento oficial del Ministerio de Justicia, fechado a 22 de mayo de 2018 donde figura la inscripción en el Registro de Fundaciones de competencia estatal del Patronato actualizado, donde figuran estas dos entidades. Además, actualmente una de ellas, DISTRITO OLIMPICO ocupa la Presidencia de Fundeba. Concluyendo que *“Estando suficientemente acreditada la vinculación de las dos entidades deportivas con Fundeba, se deduce que no se hubieran entregado los documentos emitidos por el Director General de Deportes si no se contara con la aprobación interna de los representantes legales de las mismas, que son los que pidieron la emisión de estos documentos a este órgano del Ayuntamiento de Madrid”*.

Por todo ello alega que se ha acreditado suficientemente la solvencia, no obstante, si persisten las dudas de la Mesa de contratación, se ofrece a aportar la documentación adicional que se le requiera.

El órgano de contratación en su informe reitera lo expuesto en la reunión de la Mesa de contratación de 15 de junio de 2018:

Concluyendo que: *"En consecuencia y en lo que se refiere a la solvencia requerida, el resultado del sumatorio de los certificados considerados válidos por la mesa asciende a la cantidad de 77.244,39 euros, no alcanzando por tanto la cifra de 100.000 euros requerida en el apartado 12 del Anexo 1 del PCAP".*

Expuestas las posiciones de las partes procede examinar la cuestión de fondo alegada por la recurrente, en concreto si puede considerarse que la documentación aportada en trámite de subsanación para acreditar su solvencia, es suficiente, teniendo en cuenta que se trata de la integración de la solvencia con medios externos, puesto que se han presentado declaraciones de servicios ejecutados por entidades deportivas diferentes de las que, según se informa, son miembros los Patronos de la Fundación.

Debe partirse de la conocida doctrina que señala que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la Ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863)), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido y los órganos de contratación.

En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los Pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Igualmente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 del TRLCSP y el 63 de la Directiva 2014/24/UE, es posible que los licitadores puedan acreditar con medios externos su solvencia sin que sea necesaria su pertenencia a ningún grupo empresarial e independientemente del vínculo jurídico existente entre las distintas entidades. La vinculación puede ser indirecta a través de agrupaciones de empresarios, subcontratación, etc. Correspondrá por tanto al licitador en caso de que se pretenda integrar tal solvencia aportar los documentos acreditativos de los contratos, acuerdos, convenios o cualquier otra operación que permita la comprobación de que dispone de los medios de otra empresa.

Cabe recordar que de acuerdo con lo establecido por el Código Civil, artículo 38, la Fundación, es una entidad con personalidad jurídica propia, distinta a la de sus Patronos, puede adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones. La Fundación, al obrar por medio de órganos, debe responder ilimitadamente con su patrimonio de los actos que en su nombre hayan realizado sus patronos o sus administradores.

El órgano de gobierno y representación de las Fundaciones es el Patronato, cuyos miembros reciben el nombre de Patronos. El Patronato debe estar constituido por, al menos tres personas y su composición y sistema de designación deberán quedar establecidos en la Escritura de Constitución y Estatutos.

Por lo tanto, los Patronos componen el órgano de gobierno de la Fundación pero las entidades a las que los mismos pertenecen y la propia Fundación que gestionan, son entidades distintas y separadas, de manera que la solvencia que puedan tener esas entidades de las que los patronos forman parte, de ningún modo se transmite “per se” a la Fundación sino que debe acreditarse de igual manera que cuando estamos en presencia de empresas diferentes.

En el requerimiento de subsanación de la documentación remitido a Fundeba se especificó que debían aportarse los certificados acreditativos de buena ejecución de los servicios que habían relacionado en 2017, puesto que el único que se había

considerado a efectos de computar el mínimo de solvencia, era el de la Fundación Didaskalos.

Comprueba el Tribunal que en un primer momento se aportaron por Fundeba certificados correspondientes a las actividades propias de la Fundación, sin mencionar la integración de la solvencia con medios ajenos. Es en el trámite de subsanación de dicha documentación y de la solvencia por servicios realizados en 2017, en el que se añaden servicios de otras entidades, en concreto de las entidades de las que son miembros los Patronos de la Fundación.

La integración de la solvencia con medios ajenos implica necesariamente que deba acreditarse que se cuenta con la puesta a disposición de los medios ajenos necesarios para la ejecución del contrato. La declaración, convenio, acuerdo o medio que se considere oportuno, de puesta a disposición debe efectuarlo o suscribirlo expresamente, quien tenga poder de representación de la entidad o las entidades y ha de ser para el contrato que se licita.

Por todo ello, la mera declaración de unos servicios realizados por entidades jurídicas independientes no puede acreditar que se cuente con la solvencia técnica de esas entidades y por tanto la Mesa de contratación actuó correctamente acordando la exclusión.

En cuanto a la posibilidad de otorgar nuevo plazo para completar la documentación acreditativa presentada, el Tribunal considera que el requerimiento de subsanación fue suficientemente concreto sobre las acreditaciones que debían subsanarse por lo que no procede conceder nuevo plazo para ello.

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 don J.T.G., en nombre y representación de la Fundación Deporte Base (Fundeba), contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 19 de junio del 2018, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato “Dinamización deportiva en las instalaciones deportivas básicas del Distrito de Usera, en el marco de los planes integrales de Barrio (PIBAS) de Meseta de Orcasitas, Zofío y San Fermín”, número de expediente: 300/2018/00302.

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 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 59.1 de la LCSP.