

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

En Madrid, a 18 de febrero de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Textil Contract Development, S.L.U., (en adelante TEXTIL CONTRACT) contra el Decreto de 5 de enero de 2021 de la Concejala Delegada de Hacienda y Contratación por la que se le excluye de la licitación del contrato de “Suministro de mascarillas covid 19”, del Ayuntamiento de Leganés, para el lote 3, expediente nº 370/2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público de fecha 29 de julio de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con criterio único precio para los lotes 1 y 2 y pluralidad de criterios para el lote 3.

El valor estimado de contrato asciende a 248.800 euros, con un plazo de duración de 1 año.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron 58 empresas, entre ellas la recurrente.

Mediante decreto de la Concejala Delegada de Hacienda y Contratación de 17 de noviembre de 2020 se realiza la clasificación de las proposiciones. Con relación al lote 3, la recurrente aparece clasificada en primer lugar, por lo que se le requiere la documentación prevista en el artículo 150 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).

Una vez analizada la documentación presentada, la mesa de contratación de 18 de diciembre de 2020 acuerda calificar desfavorablemente la documentación exigida en los pliegos de condiciones y art. 150.2 de la LCSP presentada por la recurrente, requiriéndole para que en el plazo de tres días incorpore la documentación referente a la solvencia económica y técnica y el Anexo IV de Prevención de Riesgos Laborales.

La mesa de contratación, en sesión celebrada el día 30 de diciembre de 2020, decide excluir al recurrente de la licitación por considerar insuficientes o no cumplir las exigencias del pliego respecto a la acreditación de solvencia económica.

Dicho acuerdo de la mesa de contratación se confirma en idénticos términos por Decreto de la Concejala Delegada de Hacienda y Contratación de fecha 5 de enero de 2021, que fue notificado el 14 de enero de 2021.

Tercero.- El 5 de febrero de 2021, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de TEXTIL CONTRACT, contra el acuerdo de exclusión del contrato de referencia.

Cuarto.- El 11 de febrero 2021, el órgano de contratación remitió el 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 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).

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, 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 46.4 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.- La recurrente se encuentra legitimada para la interposición del recurso, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo

impugnado fue notificado el 14 de enero de 2021, interponiendo el recurso ante este Tribunal, el 5 de febrero del 2020, 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. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP, al tratarse de un contrato de suministros de valor estimado superior a 100.000 euros.

Quinto.- A efectos de la resolución del recurso, resulta de interés traer a colación lo dispuesto en el apartado 11 del Anexo I del PCAP:

“Solvencia:

La acreditación de solvencia será necesario para los lotes 2 y 3 no siendo necesario la acreditación de solvencia para el lote 1 al ser inferior el valor estimado del contrato del lote 1 la cantidad de 35.000 Euros.

Solvencia Económico-Financiera. Lotes 2 y 3

El criterio de acreditación de la solvencia económica y financiera será el VOLUMEN DE NEGOCIOS del licitador o candidato referido al año de mayor volumen de negocio 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.

Determinación: El importe mínimo de volumen de negocios deberá ser, al menos una vez y media el valor anual medio del contrato:

Lote 2: Valor estimado del contrato= $110.000/2= 55.000$ Euros x 1.5= 82.500,00 Euros

Lote 3: Valor estimado del contrato= $110.000/2= 55.000$ Euros x 1.5= 82.500,00 Euros.

Por volumen anual de negocios debe entenderse el Importe neto de la cifra de negocios que figura en la cuenta de pérdidas y ganancias de los modelos reglamentarios de las cuentas anuales establecidas en la legislación mercantil.

Acreditación : Un volumen de negocios igual o superior a la cifra que seguidamente

se indica en la cuenta de pérdidas y ganancias de cualquiera de los tres últimos ejercicios contables aprobados y depositados en el Registro Mercantil u oficial que corresponda, acreditado mediante certificación, nota simple o información análoga expedida por el Registro y que contenga las cuentas anuales, siempre que esté vencido el plazo de presentación y se encuentren depositadas; si el último ejercicio se encontrara pendiente de depósito, deben presentarlas acompañadas de la certificación de su aprobación por el órgano competente para ello y de su presentación en el Registro. Los empresarios individuales no inscritos deben presentar su libro de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público acreditará, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de solvencia económica y financiera del empresario”.

Solvencia Técnico-Profesional: Lotes 2 y 3

Experiencia en la realización de suministros de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato efectuados en los últimos tres años.

Importe:

Importe anual acumulado en el año de mayor ejecución superior o igual a 70% de la anualidad media del valor estimado del contrato (sin IVA) (55.000 x 70 %): 38.500 euros.

Acreditación:

Los suministros efectuados se acreditarán 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, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación.

Solvencia técnica para empresas de nueva creación en contratos no sometidos a regulación armonizada, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años:

- *Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones, a la que se adjuntará la documentación acreditativa.*”

En cuanto al fondo de asunto, el recurrente alega que el requisito de solvencia económico-financiera, se ha justificado conforme a las disposiciones legales vigentes. Considera que cumple sobradamente con las condiciones establecidas en el pliego de condiciones de esta licitación. Se ha complementado la solvencia propia con medios externos, remitiéndose a la solvencia de la señora Dña. EMP, conforme prescribe el artículo 75 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, sobre *“integración de la solvencia con medios externos”* en su apartado 1: *“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 durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar.”*

Respecto de la acreditación de la solvencia económico-financiera, señal que consta en el expediente la justificación de la misma por medio de los siguientes documentos:

1. DEUC de Doña EMP, persona física con NIF 22.894.778-A.
2. Escrito de compromiso de colaboración y puesta a disposición de los recursos necesarios para la ejecución del contrato y su duración, suscrito entre la recurrente y la señora Magro Pina, con asunción de las obligaciones contractuales derivadas de esta licitación con carácter solidario.
3. Certificados AEAT y T.G.S.S. de Dña. EMP de estar al corriente con sus obligaciones y capacitada para contratar con organismos públicos.

4. Declaraciones de IVA de Doña EMP de los tres últimos ejercicios, justificativos del volumen de negocio y cumplimiento del criterio de solvencia exigido.
5. Declaración responsable de Doña EMP de no estar incurso en alguna de las prohibiciones que para contratar impone el artículo 71 LCSP.
6. Declaraciones trimestrales de IVA correspondientes al ejercicio 2020 de las que dispone la recurrente a fecha de concurrencia.

Por su parte, el órgano de contratación señala que, como ha quedado acreditado por la mesa, tras el requerimiento de subsanación de la documentación presentada, la empresa recurrente presenta documentación acreditativa de solvencia económica externa referida a Dña. EMP como empresaria individual, persona física, sin que previamente hubiera cumplido con los requisitos establecidos en el art. 140.13º C) LCSP, c), que establece que en los casos en que el empresario recurra a la solvencia y medios de otras empresas de conformidad con el artículo 75 LCSP, cada una de ellas también deberá presentar una declaración responsable en la que figure la información pertinente para estos casos con arreglo al formulario normalizado del documento europeo único de contratación.

En la Declaración responsable ajustada al formulario de Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), presentado junto con la oferta inicial en el sobre correspondiente a documentación administrativa con firmas electrónicas de fecha 5 y 12 de agosto de 2020 por Dña. EMP, nada se indica de acreditación de solvencia por medios externos.

Así, en el Apartado A de dicho documento se indica:

- *“Información sobre el operador económico: Textil Contract Development, S.L.U.”.*

En el apartado C se indicaba:

- *“Información sobre el recurso a la capacidad de otras entidades: ¿Se basa el operador económico en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV y los criterios y normas (en su caso) contemplados en la parte V, más abajo?: ● No”.*

Y en la Parte IV: Criterios de selección:

- *“α: Indicación global relativa a todos los criterios de selección Respecto a los criterios de selección, el operador económico declara que: Cumple todos los criterios de selección requerido. Indique la respuesta ● Sí”.*

Finalmente, se ratifica en el informe de la mesa de contratación respecto a la solvencia económica, en los términos fijados por la misma:

“Respecto a la acreditación de la solvencia económica-financiera por parte de la empresa TEXTIL CONTRACT DEVELOPMENT SLU en trámite de subsanación y presentada por segunda vez vuelve a no justificarse, de conformidad con lo indicado en el PCAP la solvencia económica en los términos indicados en el mismo que determina:

La empresa ha presentado una serie de documentos que no acreditan el cumplimiento de los requisitos de solvencia económica de la empresa TEXTIL CONTRACT DEVELOPMENT SLU.

En primer lugar, presenta Declaraciones trimestrales de IVA de la empresa TEXTIL CONTRACT DEVELOPMENT SLU disponibles del ejercicio 2020 y no presenta acreditación de cuentas anuales de ningún ejercicio económico, según exige el PCAP.

En segundo lugar, manifiesta que los requisitos de solvencia económica y financiera los complementará por medios externos. En este caso se complementa con la solvencia económica, financiera y de la persona física E.M.P. tal como permite la

LCSP.

La LCSP permite la acreditación de solvencia económica y financiera por medios externos, pero se hace necesario acreditar que la empresa que va a prestar la solvencia económica y financiera, en este caso una persona física E.M.P. cumple con los requisitos exigidos en el PCAP y que se acrediten conforme indica el mismo.

“Acreditación : - Un volumen de negocios igual o superior a la cifra que seguidamente se indica en la cuenta de pérdidas y ganancias de cualquiera de los tres últimos ejercicios contables aprobados y depositados en el Registro Mercantil u oficial que corresponda, acreditado mediante certificación, nota simple o información análoga expedida por el Registro y que contenga las cuentas anuales, siempre que esté vencido el plazo de presentación y se encuentren depositadas; si el último ejercicio se encontrara pendiente de depósito, deben presentarlas acompañadas de la certificación de su aprobación por el órgano competente para ello y de su presentación en el Registro. Los empresarios individuales no inscritos deben presentar su libro de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.”

Según indica el PCAP, los empresarios individuales no inscritos deben presentar su libro de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

En este caso por la empresa no se presentan los documentos indicados en el PCAP (libro de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil) sino únicamente declaraciones de IVA de Dña. E.M.P. por lo que no se acredita debidamente el cumplimiento de los requisitos de solvencia económica indicada en el PCAP”.

Concluye señalando que la documentación presentada, tanto en el requerimiento inicial como en requerimiento de subsanación no se presenta ninguno de los documentos exigidos en el PCAP.

Vistas las alegaciones de las partes, procede analizar, en primer lugar, la

acreditación de la solvencia del propio recurrente.

En la documentación que incorpora en el plazo de subsanación incluye las declaraciones trimestrales de IVA correspondientes al ejercicio 2020 de las que dispone a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas.

Los medios de acreditación de la solvencia económica requerida en los pliegos no ofrecen ninguna duda: *“acreditado mediante certificación, nota simple o información análoga expedida por el Registro y que contenga las cuentas anuales, siempre que esté vencido el plazo de presentación y se encuentren depositadas; si el último ejercicio se encontrara pendiente de depósito, deben presentarlas acompañadas de la certificación de su aprobación por el órgano competente para ello y de su presentación en el Registro. Los empresarios individuales no inscritos deben presentar su libro de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil”*.

El artículo 86 de la LCSP establece: *“Medios de acreditar la solvencia.*

1. La solvencia económica y financiera y técnica o profesional para un contrato se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 87 a 91 de la presente Ley.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo siguiente, para los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada el órgano de contratación, además de los documentos a los que se refiere el párrafo primero, podrá admitir de forma justificada otros medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 87 a 91.

Cuando por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado”.

En el caso que nos ocupa, no se aprecia la existencia de una razón válida justificativa de que el recurrente no se encuentre en condiciones de presentar las exigencias establecidas en los pliegos, en los términos del último párrafo del citado artículo.

Por su parte, el apartado 3 del artículo 87 de la LCSP establece. *“En el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia económica y financiera de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa del importe mínimo, expresado en euros, de cada uno de ellos. Para los contratos no sujetos al requisito de clasificación, cuando los pliegos no concreten los criterios y requisitos mínimos para su acreditación los licitadores o candidatos que no dispongan de la clasificación que en su caso corresponda al contrato acreditarán su solvencia económica y financiera con los siguientes criterios, requisitos mínimos y medios de acreditación:*

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”.

En este momento, es preciso traer a colación la doctrina de este Tribunal sobre la vinculación de los licitadores al contenido de los pliegos que rigen el procedimiento de contratación, doctrina conforme también por una reiterada jurisprudencia que manifiesta que los pliegos constituyen la ley del contrato, que se expone, entre otros preceptos, en el artículo 139 de la LCSP relativo a las proposiciones de los interesados, cuyo apartado 1, señala que: *“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, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”*

Como señala el TACRC en su resolución 747/2016, de 23 de septiembre *“Siendo claro el mandato de los pliegos de que la referida acreditación debía tener lugar a través de las cuentas anuales ‘aprobadas y depositadas’ en el Registro Mercantil, este Tribunal comparte el criterio de la Administración contratante de que la exigencia de dicho depósito no es baladí, sino un auténtico requisito técnico-jurídico de cuyo cumplimiento, exigido en el Pliego, no cabe dispensar a los licitadores”*.

En el caso que nos ocupa, el licitador, ni en la fase inicial, ni en la fase de subsanación ha presentado la documentación exigida por el PCAP para acreditar su solvencia económica, requisito que es previo a cualquier integración de la solvencia por medios externos, por lo que la actuación del órgano de contratación de acordar su exclusión fue ajustada a derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la LCSP:

Por todo lo anterior, el motivo debe ser desestimado.

Finalmente alega falta de motivación de la resolución. A este respecto procede señalar que el informe técnico sobre la evaluación de la documentación presentada fue publicado en el perfil del contratante, y que la empresa recurrente ha tenido además la posibilidad de solicitar información de los motivos de rechazo de su oferta, por lo que no se ha visto en modo alguna privada de su derecho de defensa.

Este Tribunal entiende que la resolución de exclusión está suficientemente motivada, porque se basaba en el incumplimiento de los requisitos de acreditación de la solvencia económica exigida en el PCAP, y dichos incumplimientos se detallan en un informe técnico publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 5 de enero de 2021.

En definitiva, la resolución de exclusión se apoya en un informe técnico suficientemente motivado, publicado a través del perfil del contratante, de forma que existe una motivación *“in aliunde”* jurídicamente admisible. En este sentido, el Tribunal Supremo considera válida esta forma de motivación; así cabe citar su sentencia de 11 de febrero de 2011: *“Siguiendo con las exigencias propias de la motivación, debemos añadir que la motivación puede contenerse en el propio acto, o bien puede realizarse por referencia a informe o dictámenes, ex artículo 89.5 de la Ley 30/1992, cuando se incorporen al texto de la misma. Ahora bien, esta exigencia de la incorporación de los informes contenida en el mentado artículo 89.5 ‘in fine’ ha sido matizada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo – sentencias de 21 de noviembre de 2005, 12 de julio de 2004, 7 de julio de 2003, 16 de abril de 2001, 14 de marzo de 2000 y 31 de julio de 1990– en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica ‘in aliunde’ satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración”*.

Por todo lo anterior, debe desestimarse el presente motivo del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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 de la empresa Textil Contract Development, S.L.U., contra el Decreto de 5 de enero de 2021 de la Concejala Delegada de Hacienda y Contratación por la que se le excluye de la licitación del contrato de “Suministro de mascarillas covid 19”, del Ayuntamiento de Leganés, para el lote 3, expediente nº 370/2020.

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 de la LCSP.