

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

En Madrid, a 25 de marzo de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Althenia S.L.U., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Torreldones de fecha 28 de enero de 2021 por el que se adjudica el contrato de “Servicios de conservación y mantenimiento de zonas verdes en el municipio de Torreldones” número de expediente 09CA-202040, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Torreldones alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 3.797.738,78 euros y su plazo de duración será de dos años.

A la presente licitación se presentaron 12 licitadores.

Tras la ordinaria tramitación del expediente de contratación, el Pleno de Ayuntamiento de Torreldones acordó el 28 de enero de 2021, adjudicar el contrato al compromiso de UTE Aquaterra Servicios Infraestructurales SL.- TBF Espacios Verdes, SL.

El recurrente ha obtenido en ambos lotes el segundo lugar en la clasificación de las ofertas.

Segundo.- El 19 de febrero de 2021, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Althenia S.L.U. en el que solicita la exclusión de la oferta de la adjudicataria por incumplir las condiciones para licitar, al no encontrarse al corriente de sus obligaciones fiscales y en consecuencia acordar adjudicación a su favor.

Tercero.- El 25 de febrero de 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 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).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al interesado de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Aquaterra presentó su escrito de alegaciones el 8 de marzo de 2021, de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho quinto de esta Resolución.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica, clasificada en segundo lugar, *“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”* (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 impugnado fue adoptado el 28 de enero de 2021 y notificado al día siguiente tanto de forma individualizada a todos los licitadores como mediante su publicación en la PCSP, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 19 de febrero de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es 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 recurso se limita a un único motivo, la concurrencia de prohibición de contratar por parte de Aquaterra, empresa integrante de la UTE en compromiso de formación adjudicataria del contrato.

El recurrente sostiene que esta empresa no se encuentra dada de alta en el epígrafe del IAE correspondiente al objeto del contrato y en incumple lo establecido en la cláusula 15 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares apartado 3 donde establece:

“Obligaciones tributarias:

a) Alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato, siempre que ejerza actividades sujetas a dicho impuesto, referida al ejercicio corriente, o el último recibo completado con una declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del citado impuesto.

(..).

Las agrupaciones y uniones temporales de empresas deberán acreditar el alta en el impuesto, sin perjuicio de la tributación que corresponda a las empresas integrantes de la misma”.

El recurrente apoya su motivación en lo establecido también en el artículo 71.1 d) de la LCSP donde se considera una causa de prohibición de contratar no hallarse al corriente de las obligaciones tributarias. Añadiendo que en aplicación del art. 13 del Real Decreto Ley 1098/2001 por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que considera que se cumplen las obligaciones tributarias cuando concurren entre otras:

“a) Estar dadas de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas, en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato, siempre que ejerzan actividades sujetas a este impuesto, en relación con las actividades que vengan realizando a la

fecha de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación en los procedimientos restringidos, que les faculte para su ejercicio en el ámbito”.

Considera que tras la consulta del expediente, que a su vez denuncia su entrega parcial y su segunda entrega a solo un día de terminar el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, constata que la mercantil Aquaterra no se encuentra dada de alta en el IAE en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato, esto es el Grupo 911, al tiempo del inicio del plazo de la presentación de ofertas.

En consecuencia, considera que al incurrir esta empresa en una prohibición para contratar con el Ayuntamiento de Torrelodones debe ser inadmitida la oferta anulado el acuerdo de adjudicación.

Por su parte el órgano de contratación defiende la aceptación de la oferta de Aquaterra en base al cumplimiento de la acreditación de la solvencia económica, así como a la inscripción de ésta en el ROLECE, donde se constata que esta empresa no incurre en ninguna causa de prohibición de contratar.

Invoca la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia 1210/2020 de 28 Sep. 2020, Rec. 8006/2018, que matiza esta obligación relativa al cumplimiento de las obligaciones tributarias, en aplicación a doctrina de la UE en concreto con la Sentencia del TJUE de 4 de febrero de 1988, asunto 157/1988, Murphy y otros.

Establece la sentencia del Tribunal Supremo citada: *“SÉPTIMO. - Las prohibiciones de contratar. Su regulación en la Directiva 2014/24/UE y en la legislación contractual española.*

Las prohibiciones de contratar restringen la posibilidad de participar en procedimientos de licitación y tienen su amparo tanto en la normativa de la Unión Europea comunitaria como en la legislación interna de contratos públicos. Constituyen

condiciones de aptitud que deben cumplirse al tiempo de presentar la solicitud para participar en la licitación o presentar la proposición y mantenerse hasta la formalización del contrato.

En línea con lo consignado en el fundamento anterior debe citarse el considerando centésimo de la Directiva 2014/24/UE "(100) No deben adjudicarse contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva o hayan sido declarados culpables de corrupción o fraude contra los intereses financieros de la Unión, de delitos terroristas, de blanqueo de dinero o de financiación del terrorismo. El impago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social también debe ser sancionado con la exclusión obligatoria a nivel de la Unión. No obstante, los Estados miembros deben poder establecer excepciones a dichas exclusiones obligatorias en circunstancias excepcionales, cuando necesidades imperativas de interés general hagan indispensable la adjudicación de un contrato. Ello podría ocurrir, por ejemplo, cuando vacunas o equipos de emergencia que se requieran urgentemente solo puedan adquirirse a un operador económico al que se aplique alguna de las razones obligatorias de exclusión"

Añade que: "tras análisis de la situación concreta el Tribunal Supremo considera que debe aplicarse el establecido en el considerando sexto. En esencia en este se establece que: "2. Un operador económico quedará excluido de la participación en un procedimiento de contratación en caso de que el poder adjudicador tenga conocimiento de que el operador económico ha incumplido sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social y que ello haya quedado establecido en una resolución judicial o administrativa firme y vinculante, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido el operador económico o las del Estado miembro del poder adjudicador.

Asimismo, los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o por requerimiento de los Estados miembros, cuando el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio adecuado que el operador económico ha incumplido

sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social”.

Concluye el órgano de contratación manifestando que: *“Pues bien, la obligación que alega la empresa ALTHENIA no es que se hayan incumplido obligaciones tributarias, que de lo existente en el expediente no se constata, sino que no se haya inscrito en el padrón de actividades económicas. Obligación que, en caso de que se considerase como subsistente, pese a la aplicación del derecho europeo que se refiere a deudas tributarias y con la seguridad social, sería siempre subsanable”.*

Este Tribunal considera que la interpretación efectuada por el órgano de contratación en cuanto al fondo del asunto es correcta. Tanto por la propia esencia de la Directiva 2014/24/UE como por la interpretación jurisprudencial que se ha efectuado de la normativa que nos ocupa. Es evidente que el RGLCAP entro en vigor en 2001 y tras el tiempo transcurrido alguno de sus preceptos han quedado desfasados o incluso derogados por normas posteriores o interpretaciones judiciales, como es este el caso.

Ahora bien, no podemos obviar que es el propio PACP el que, en su apartado 15, establece claramente cuando se entenderá que una empresa se encuentra al corriente de pago de sus obligaciones tributarias y establece claramente también la inscripción en el IAE en el grupo que corresponda según el objeto del contrato como forma probatoria. Dicho documento contractual fue redactado hace solo unos meses, no en 2001 como el Reglamento y en consecuencia debería haber evolucionado en su texto adaptándolo a la nueva realidad legislativa e interpretativa.

Es criterio de este Tribunal que los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también, a los órganos de contratación en sus propios términos, (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. En este sentido, recogiendo lo

dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna. Por lo que aceptado el PCAP lo es también en su apartado 15, no siendo ahora el momento de interpretar o modificar su contenido.

No obstante lo dicho hasta el momento, la realidad de la situación la aporta Aquaterra que en su escrito de alegaciones donde manifiesta que la empresa se encuentra dada de alta en el IAE en el grupo 911 correspondiente al objeto del contrato desde el 2 de febrero de 2015, aportando certificación de la agencia tributaria sobre los epígrafes del IAE en los que la empresa se encontraba inscrito hasta el 31 de diciembre de 2020.

Bien es cierto que dicha inscripción es dada de baja en fecha 20 de diciembre de 2020, siendo posteriormente tramitada nueva alta en fecha 23 de febrero de 2021.

Como es sabido las condiciones o requisitos previos a la contratación deben poseerse en el momento del inicio del plazo de presentación de ofertas y mantenerse hasta la formalización del contrato, hecho este que no se confirma en el presente caso, donde existe una baja en la inscripción en el epígrafe 911 del IAE de Aquaterra antes de adjudicarse el contrato.

No obstante, si acudimos nuevamente a la literalidad del apartado 15 de los PCAP, comprobamos que dicha cláusula solo obliga a que las empresas estén inscritas en el grupo que corresponda según el objeto del contrato en el censo del IAE a la fecha de la presentación de proposiciones, condición que sí cumple Aquaterra.

El mantenimiento de dicha inscripción durante todo el procedimiento de licitación y hasta la formalización del contrato queda excluida de dicho apartado 15 y, en consecuencia, deberá de interpretarse conforme a la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente referida, no pudiéndose considerar que la ausencia de inscripción en el censo del IAE grupo 911 durante dos meses provoque *per se* el

incumplimiento de obligaciones tributarias y en consecuencia no puede considerarse como una causa de prohibición de contratar.

Por todo ello se desestima el recurso en base al único motivo que lo fundamentaba

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 legal de Althenia S.L.U., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Torreldones de fecha 28 de enero de 2021 por el que se adjudica el contrato de “Servicios de conservación y mantenimiento de zonas verdes en el municipio de Torreldones” número de expediente 09CA-202040.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- 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.