

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

En Madrid, a 17 de junio de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Dña. M. L. de la T. H., en nombre y representación de Colectividades Marisa S.L. (COLMAR) contra la exclusión de la licitación del expediente “Acuerdo Marco de adopción de tipo para el suministro de menús escolares a los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad de Madrid” expte: C-504/001-13, de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 27 y 29 de marzo, y 4 de abril de 2012, se publicó respectivamente en el BOCM, en el DOUE y en el BOE, el anuncio de la convocatoria correspondiente al Acuerdo Marco de adopción de tipo para el suministro de menús escolares a los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad de Madrid, con un valor estimado de 504.683.855,45 euros, IVA excluido, y un plazo de ejecución de dos anualidades con posibilidad de prórrogas por otras dos.

A la licitación convocada se presentaron 94 licitadoras, entre ellas la recurrente.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso, que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), exige en el apartado 10 del Anexo I, a efectos de acreditar la solvencia:

“Acreditación de la solvencia económica y financiera:

Artículo 75.1 apartado c) del TRLCSP: Declaración sobre el volumen global de negocios en el ámbito de actividades relacionadas al objeto del contrato.

Criterios de selección: Declaración sobre el volumen global de negocios de los ejercicios 2009, 2010 y 2011, para lo cual deberán acreditar un cifra de negocio, en el global de los tres ejercicios de 36.000 € por cada centro al que opta.

- En el caso de Sociedades, declaración del Impuesto de Sociedades de los ejercicios 2009, 2010 y 2011.*
- Y para el caso de empresarios individuales, la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de los ejercicios 2009, 2010 y 2011.*

Alternativamente los licitadores podrán acreditar su solvencia económica y financiera, conforme a lo establecido en el artículo 75.1, apartado a) del TRLCSP: Declaraciones apropiadas de entidades financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales.

Criterios de selección: Acreditarán su solvencia económica y financiera mediante informe de instituciones financieras en el que obligatoriamente deberá constar los siguiente: “Que el licitador, (hacer constar la razón social y CIF), ha mantenido un saldo medio igual o superior a 36.000 euros, durante los ejercicios 2009, 2010 y 2011, lo que se certifica al efecto de tomar parte en el procedimiento convocado por la Consejería de Educación Juventud y Deporte para la adjudicación del “Acuerdo marco para la adopción de tipo de suministro de menús escolares a los centros docente públicos no universitario de la Comunidad de Madrid y actuaciones

complementarias inherentes al mismo”. En función del número de centros (contratos derivados) que el licitador solicite tomar a su cargo, el saldo medio tendrá que mantener la siguiente proporcionalidad: por cada tres contratos derivados o fracción que solicite tomar a su cargo debe acreditar un saldo medio igual o superior a 36.000 euros. Es decir, hasta tres contratos el saldo medio a acreditar será de al menos 36.000 euros, entre cuatro y seis contratos al menos 72.000 euros y así sucesivamente.

Acreditación de la solvencia técnica o profesional:

Artículo 77.1 apartado a) del TRLCSP: Relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos.

Criterios de selección: Acreditar que el licitador ha realizado, al menos, tres suministros de comedor colectivo por importe igual o superior a 12.000 euros, por cada centro (contrato derivado) que pretenda tomar a su cargo. Los suministros deberán haberse efectuado en los ejercicios 2009, 2010 y 2011 y se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.”

Segundo.- Entre la documentación presentada con la oferta de la recurrente consta un escrito firmado por su representante indicando que existen varios apartados del concurso que no puede acreditar, en concreto el apartado 10 del Anexo I del PCAP “solvencia económica, técnica y financiera”, concretamente la solvencia técnica y profesional dado que la empresa es de nueva creación constituida el 14 de febrero de 2013, explicando que llevaban más de 10 años gestionando la hostelería de más de 20 colegios con un negocio familiar que posteriormente se vendió a otro grupo de empresas careciendo de documentación que acredite al menos tres suministros de

comedor por importe superior a 12. 000 euros, por otro lado por lo que se refiere a la solvencia económica afirma que aportan certificación bancaria donde aparece el saldo de la empresa desde su creación, realizando una serie de afirmaciones respecto del contenido del sobre 2 que no son relevantes en relación con el objeto del recurso. Aporta por último el curriculum de la representante de la empresa dentro del campo de hostelería (colectividades).

Una vez realizada por la Mesa de contratación la calificación previa de la documentación administrativa presentada por las empresas, con fecha 17 de mayo se concede a algunas, entre ellas la recurrente, plazo para subsanar las deficiencias observadas. En concreto a la recurrente se le requiere para que presente bastanteo de poder del representante legal de empresa realizado por Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, documento acreditativo de la trasmisión del negocio familiar y cualquier otro que estimen conveniente para acreditar la solvencia de conformidad con el apartado 10 del Anexo del PCAP, certificado de suministros realizados por la empresa familiar que les perteneció acreditativa de la solvencia técnica o profesional, en los términos establecidos en el apartado 10 del Anexo del PCAP, declaración sobre el volumen de negocios de la empresa familiar de los ejercicios 2009, 2010, y 2011, para lo cual deberán acreditar una cifra de negocio en el global de los tres ejercicios de 36.000 euros por cada centro al que opta. En el caso de sociedades declaración del impuesto de sociedades de los mismos ejercicios. O bien acreditarán su solvencia económica y financiera mediante informe de instituciones financieras en el que obligatoriamente deberá constar que el licitador ha mantenido un saldo medio igual o superior a 36.000 euros durante los ejercicios 2009, 2010 y 2011, lo que debía certificarse a los efectos del procedimiento de licitación objeto del presente recurso, en función del número de centros que el licitador solicite tomar a su cargo, el saldo medio tendrá que mantener la proporcionalidad, de una saldo medido igual o superior a 36.000 euros por cada tres contratos derivados o fracción que solicite tomar a su cargo .

Así mismo se indica que de conformidad con el artículo 63 del TRLCSP, los

licitadores podrán acreditar su solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado basándose 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.

La recurrente aporta el día 23 de mayo con el fin de subsanar las deficiencias apreciadas escritura de transmisión del negocio familiar a otra empresa, escritura de venta de participaciones de la representante de la licitadora, cifras de negocios correspondientes a los ejercicios 2007-2008 certificados de suministros de centros durante los mismos ejercicios y certificación bancaria donde aparece el saldo de la recurrente desde la constitución de la empresa, el currículum donde se acredita la experiencia profesional de aquella en el campo de la hostelería y el bastanteo de poder.

Atendido el indicado requerimiento, la Mesa de contratación se reunió de nuevo, los días 24 y 27 de mayo para examinar la documentación presentada en el plazo de subsanación concedido, dejando constancia en el acta correspondiente a dicho acto de que la recurrente no ha acreditado la solvencia técnica necesaria conforme a lo establecido en el apartado 11 del anexo I del PCAP (art. 77.1.a), ni por los medios que habilita el artículo 63 del TRLCSP “integración de la solvencia con medios externos”.

El día 28 de mayo se reúne de nuevo la Mesa para proceder a la apertura del sobre 2, proponiendo en dicho acto la exclusión, entre otras licitadoras, de la recurrente por el motivo más arriba expuesto y acordando elevar al órgano de contratación propuesta de la Mesa de Contratación de exclusión de determinadas licitadoras.

Tercero.- Con fecha 30 de mayo la recurrente presentó escrito ante la Mesa de contratación solicitando que se revoque la resolución de no homologación de la

misma, procediendo a su homologación para tomar a su cargo el número de centros indicado en su solicitud (sic). Aduce para ello que dado que se trata de una empresa de reciente creación y al haberse transmitido el negocio a otra empresa, no es posible acreditar la solvencia indicada, de manera que la denegación de la posibilidad de optar a los tres centros solicitados, supone una discriminación respecto de otras empresas, todo ello sin perjuicio de afirmar que a pesar de no poder acreditar su solvencia, reúne los requisitos de solvencia técnica y económica requeridos para cuya acreditación, afirma, ha aportado numerosa documentación.

La Mesa de contratación considerando que el indicado escrito constituye un recurso especial en materia de contratación, lo remite a este Tribunal, acompañado del expediente de contratación y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP el día 5 de junio de 2013.

El órgano de contratación, en el informe preceptivo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, señala que tal y como alega la recurrente la empresa licitadora es de reciente creación (14 de febrero de 2013) por lo que no puede acreditar los requisitos de solvencia económica y financiera con medios propios, pero tampoco acredita la indicada solvencia a través de la integración con medios externos, tal y como habilita el artículo 63 del TRLCSP.

Cuarto.- Con fecha 6 de junio de 2013, se concedió a los interesados en el procedimiento trámite de audiencia, sin que se haya presentado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, así como la representación de la firmante del recurso.

Segundo.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que *“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 158. (...)”*.

Habiéndose producido la exclusión el día 28 de mayo de 2013, el recurso interpuesto el día 30, se presentó en plazo.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra la exclusión de la recurrente un Acuerdo marco correspondiente a un contrato de suministros, con un valor estimado de 504.683.855,45 euros, por lo tanto sujeto a regulación armonizada, que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 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.

Quinto.- Como más arriba indicábamos, el recurso se fundamenta en la, a juicio de la recurrente, incorrecta exclusión de su oferta por falta de acreditación de la solvencia exigida en los pliegos.

Debe destacarse con carácter previo que si bien tanto en el escrito de recurso, como en el informe del órgano de contratación se contienen alegaciones respecto de la acreditación de la solvencia económico financiera, tanto en el acta de la Mesa de contratación de los días 24 y 27 de mayo, como en la del día 28 de mayo solo se deja constancia de que procede la exclusión de la recurrente por no acreditar la solvencia técnica necesaria conforme lo establecido en el apartado 11 del Anexo I del PCAP, siendo por tanto únicamente objeto de examen la exclusión por esta

última razón, sin perjuicio de recomendar al órgano de contratación que con carácter general deben hacerse constar todos los incumplimientos que justifiquen la exclusión de las licitadoras al efecto de que puedan someterse a control y revisión por este Tribunal.

Debemos pues centrarnos en el concreto motivo de exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación que consta en el expediente administrativo, esto es, la falta de acreditación de la solvencia técnica prevista en el PCAP.

Como es sabido, 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.

En este caso el PCAP exige *“Acreditar que el licitador ha realizado, al menos, tres suministros de comedor colectivo por importe igual o superior a 12.000 euros, por cada centro (contrato derivado) que pretenda tomar a su cargo. Los suministros deberán haberse efectuado en los ejercicios 2009, 2010 y 2011”*, circunstancia que como reconoce la propia recurrente, no puede acreditar al tratarse de una empresa de nueva creación (febrero de 2013). Sin embargo, con el objeto de no perjudicar a este tipo de empresas, la Ley permite que se integre la solvencia con medios de terceros tal y como previene el artículo 63 del TRLCSP, recogido asimismo en el PCAP, siempre que el empresario demuestre que para la ejecución del contrato dispone efectivamente de esos medios.

A tal efecto la recurrente aporta once certificados expedidos a nombre de la empresa Euroservikatering S.L, en la que la representante de la recurrente presta sus servicios como trabajadora, de realización de suministros de comedores de distintos centros escolares en los años 2006, 2007 y 2008.

En este caso aunque el órgano de contratación ha previsto en los pliegos la posibilidad de integrar la solvencia con medios de terceros, y ha permitido a la recurrente presentar documentación en este sentido, cuando le solicita certificado de suministros realizados por la empresa familiar que les perteneció, lo cierto es que aquella tampoco puede acreditar haber realizado suministros, durante el periodo exigido en el PCAP, ni mediante los certificados de la empresa en que actualmente trabaja su representante, ni mediante certificados de la antigua empresa familiar (que no aporta). Procede por tanto en cumplimiento de los pliegos excluir la oferta de la recurrente puesto que de admitirla, como pretende, además de no poder acreditar la capacidad de la empresa para prestar los servicios a que se compromete, se estaría discriminando al resto de licitadores que sí han cumplido con esta exigencia.

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. 3 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por Dña. M. L. de la T. H., en nombre y representación de Colectividades Marisa S.L. (COLMAR) contra la exclusión de la licitación del expediente de contratación “Acuerdo Marco de adopción de tipo para el suministro de menús escolares a los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad de Madrid” expte: C-

504/001-13, de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte

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.