

Recurso nº 143/2016

Resolución nº 150/2016

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

En Madrid, a 28 de julio de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por doña M.G.A., en representación de la empresa Altom Service, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de la Universidad Complutense de Madrid, de fecha 16 de junio de 2016, por el que se la excluyó de la licitación para contratar el “Servicio de reprografía en diversos centros de la Universidad Complutense de Madrid”, expte P-1/16, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución rectoral de fecha 25 de febrero de 2016, se inicia y ordena la tramitación del expediente de contratación del servicio objeto de recurso, a adjudicar por procedimiento abierto con aplicación de criterios evaluables de forma automática mediante fórmulas. La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE de 22 de marzo de 2016, en el BOE de 12 de abril y en el perfil de contratante el 29 de marzo. El valor estimado asciende a 2.067.710 euros.

Segundo.- Respecto del requisito de solvencia económica y financiera, en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se establece:

“Artículo 75 del TRLCSP, se acreditará por uno de los dos siguientes criterios:

a) Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.

b) En los casos en que resulte apropiado, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.

Criterios de selección:

Apartado a) El volumen de negocios, en los últimos tres años, aislada o conjuntamente, deberá ser igual o superior a 742.500 euros, salvo que la empresa sea de nueva creación, en cuyo caso se tendrá en cuenta la cifra de negocios desde el inicio de la actividad.

La acreditación de este criterio se realizará, en el caso de Sociedades, mediante la declaración del Impuesto de Sociedades de los ejercicios 2014, 2013 y 2012. En el caso de que se trate de personas físicas, la acreditación de este criterio se realizará mediante la presentación de las declaraciones de IRPF de los años 2014, 2013 y 2012.

Apartado b) Suscripción de una póliza por riesgos por un importe mínimo de indemnización de 400.000 €”.

La Mesa de contratación califica la documentación presentada por las empresas concurrentes a la licitación Repro-Expres, S.L. y Altom Service, S.A., el día 3 de mayo de 2016, entendiendo que la documentación administrativa presentada está completa, y acordando admitir a ambas empresas a la siguiente

fase del procedimiento de adjudicación y procediendo el 10 de mayo de 2016 a llevar a cabo el acto de apertura de las ofertas o proposiciones económicas.

Con fecha 12 de mayo Repro-expres, S.L. remitió un escrito a la Mesa de contratación en el que se denuncian dos aspectos relacionados con Altom Service S.A.: Por un lado una supuesta baja temeraria de la oferta solicitando que se exigiera la oportuna justificación y por otro se hacía referencia a la falta de capacidad para contratar debido a la existencia de sucesión empresarial entre la actual adjudicataria del servicio (en concurso de acreedores) y la empresa Altom Service, S.A.

Tras ese escrito, se reunió la Mesa de contratación el día 23 de mayo para la adopción de un acuerdo con respecto al escrito recibido. En ese mismo acto, la Mesa de contratación acuerda requerir a la empresa para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, subsane la falta de acreditación del volumen de negocios, aportando la documentación requerida por el PCAP, acompañando el escrito remitido por la empresa Repro-expres. En consecuencia, se remite a la recurrente notificación en la que se hace constar que *“La mesa advierte error en la calificación de la documentación presentada por su empresa (Altom Service S.A.) en su sobre 1”, “concretamente la Mesa constata que no queda acreditado el volumen de negocios exigido”*.

Con fecha 6 de junio de 2016 la representante de la empresa Altom Service, S.A. remite a la Mesa de Contratación un escrito en el que alega que no puede aportar la declaración del Impuesto de Sociedades relativa al ejercicio 2015, ya que el plazo de presentación es del 1 de enero al 31 de julio del ejercicio siguiente. Indica también que aporta certificado de seguro de fecha 6 de junio de 2016,

acreditativo de la suscripción una póliza de seguro de responsabilidad civil, suscrita con la entidad aseguradora MAPFRE.

La Mesa de contratación, en su reunión de 8 de junio de 2016 estudia lo remitido por la representación de la empresa Altom Service, S.A. y acuerda no tener por subsanado el requerimiento efectuado *“al no acreditar ni reunir los requisitos de solvencia económica, conforme a lo dispuesto en los pliegos que han de regir la licitación, ni resultar admisible la posterior suscripción de un seguro de responsabilidad tras el requerimiento de subsanación practicado en fecha 1 de junio, teniendo en cuenta que el cumplimiento de los requisitos de solvencia habrán de cumplirse antes de la finalización del plazo de presentación de las proposiciones.”*

En relación a dicho acuerdo Altom Service presentó alegaciones a la Mesa de contratación que se resolvieron en la reunión de 17 de junio, acordando ratificar el acuerdo adoptado el 8 de junio.

El día 1 de julio se notificó mediante correo electrónico el acuerdo de la sesión de la Mesa de Contratación sobre la exclusión de Altom Service S.A. que hoy es objeto de recurso.

Tercero.- El 8 de julio de 2016 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Altom Service, en el que solicita que *“se deje sin efecto el acto recurrido y por consiguiente la exclusión de la recurrente del indicado procedimiento, anulando y dejando sin efecto cuantas actuaciones hayan podido efectuarse por la Mesa o por el órgano de contratación con posterioridad al acuerdo de exclusión, incluso la propuesta de adjudicación del expediente, la adjudicación y la contratación, si es que ello se hubiese producido, mandando seguir el procedimiento por sus trámites.”*

El 14 de julio el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Cuarto.- Con fecha 6 de julio de 2016, el Tribunal acordó denegar la suspensión del expediente de contratación.

Quinto.- 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.

Se ha recibido escrito de Repro-expres en el que se opone al recurso en base a los argumentos que serán tenidos en cuenta al analizar los motivos de recurso e insiste en la falta de capacidad de contratar de Altom Service.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, pues el acuerdo impugnado fue notificado por correo electrónico el 1 de julio e interpuesto el recurso el día 8.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios de la categoría 27 de cuantía superior a 209.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.b) y 2.b) del TRLCSP.

Quinto.- Debemos comenzar recordando que el requerimiento del PCAP era acreditar la solvencia económica y financiera alternativamente a través de alguno de los siguientes medios:

- A) O bien, en el caso de sociedades, mediante la declaración del Impuesto de Sociedades de los ejercicios 2014, 2013 y 2012. En el caso de que se trate de personas físicas, mediante la presentación de las declaraciones de IRPF de los mismos años.
- B) O bien, suscripción de una póliza por riesgos por un importe mínimo de indemnización de 400.000 euros.

Es decir, dentro de la posibilidad que otorga el artículo 75.1 del TRLCSP, que permite al órgano de contratación seleccionar uno o varios de los medios que enumera seguidamente para acreditar la solvencia económica y financiera, ha optado por elegir dos, no con carácter acumulativo sino alternativo, y esa elección de acreditar por uno u otro se deja en manos del licitador. En ambos casos se ha elegido como criterio unos parámetros que toman en cuenta para determinar el nivel de solvencia, los requisitos mínimos o umbral que se debe superar, el ámbito temporal a que se debe referir y los medios admisibles para documentarlo.

La exigencia de un nivel de solvencia tiene por objeto dotar al órgano de contratación de un mecanismo de garantía de que los licitadores desde el punto de vista económico están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato para cuya adjudicación concurren. El PCAP como *lex contractus* que no ha sido impugnado y sí aceptado por la presentación de oferta (artículo 145 del TRLCSP) constituye la norma a tener en cuenta al revisar el sometimiento de la Universidad a las reglas del procedimiento concreto así como el instrumento normativo cuya aplicación pueden invocar los licitadores.

En cuanto al cumplimiento del criterio de solvencia económico financiera, la documentación aportada por la empresa Altom Service, S.A., en el sobre 1 fue:

- Declaración del Impuesto de Sociedades 2013 con una cifra de negocios de 211.986,20 euros.
- Declaración del Impuesto de Sociedades 2014 con una cifra de negocios de 193.875,76 euros.
- Declaración del Impuesto sobre el Valor Añadido del citado ejercicio 2015 con un importe total de las Bases Imponibles de IVA declarado es 243.039,41.
- Oferta de suscripción de póliza de seguro riesgos con MAPFRE.

Altom Service optó por acreditar el criterio de selección establecido en el artículo 75.1.a) del TRLCSP mediante la aportación del modelo de la declaración del impuesto sobre sociedades, presentando además una oferta del seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales.

Alega la recurrente que entendió y sigue entendiendo que la mención del PCAP a “los últimos tres años” había de referirse necesariamente a los años 2015, 2014 y 2013; pero a la vez se decía que la acreditación de ese criterio se realizará mediante la declaración del impuesto de sociedades de los ejercicios 2014, 2013 y 2012, omitiendo cualquier mención al año 2015. Considerando que la letra ha de

prevalecer sobre el número y en la sospecha de que la mención a los años 2012 a 2014, en lugar de 2013 a 2015 fuese consecuencia de la transcripción en este expediente del condicionado de un anterior fallido concurso convocado en el año 2015, aportó la documentación que consideró necesaria para cumplir con las exigencias y a tal efecto incluyó la declaración del impuesto de sociedades de los años 2013 y 2014; no pudo hacerlo del año 2015, ya que en las fechas a que estamos aludiendo -abril de 2016- no estaba abierto aun el plazo de presentación del Impuesto de Sociedades para las entidades que como Altom Service S.A. llevan su año contable acorde con el año natural, cerrando su ejercicio el 31 de diciembre. Para soslayar eso aportó la declaración del Impuesto sobre el Valor Añadido del año 2015. Incluyó dentro de su documentación una oferta de póliza de seguro de responsabilidad civil firmada por la compañía Mapfre que cumplía el límite cuantitativo establecido (400.000 euros). Reconoce que esa acreditación no se hizo de manera literal en la forma prevista en el pliego, puesto que allí, supone que por error, se hablaba de otros años, sustituyendo el 2015 por el 2012. Pero lo importante, según se deduce de la normativa aplicable, no es el "cómo" se acredita el requisito, sino que se cumpla ese requisito. Así se desprende, entre otros, del artículo 65.b del TRLCSP que especifica que el empresario podrá acreditar su solvencia acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el anuncio de licitación; o del artículo 79.bis de dicho texto legal que incide en la concreción de los requisitos mínimos de solvencia, sin referirse a medios concretos de prueba.

En primer lugar procede examinar si con la documentación aportada inicialmente la recurrente debió ser admitida.

En el PCAP quedaba claro que se debía presentar el Impuesto de Sociedades correspondiente a las anualidades 2014, 2013 y 2012 que aislada o conjuntamente debía superar el importe indicado en el PCAP, y no el Impuesto sobre el Valor Añadido del año 2015. La recurrente no acreditó el Impuesto de Sociedades de

2012, por lo que no cumplía el requisito y debió ser requerida para la subsanación. Y, a pesar de aportar documentación acreditativa del año 2015 y no la exigida del año 2012, la suma de lo anterior arroja una cifra de 648.901,37 euros, que no alcanza el mínimo del volumen de negocio exigible para continuar en la licitación que el Pliego establece en 742.500.

Los ejercicios fiscales no se corresponden con los exigidos por el pliego rector del procedimiento, teniendo en cuenta las cifras acreditadas documentalmente (648.901,37 euros), tampoco alcanza el mínimo del volumen de negocio exigible para continuar en la licitación, que el Pliego establecía en 742.500.

En consecuencia, es pacífico que lo inicialmente aportado no se ajustaba a lo requerido en el PCAP que indicaba unos ejercicios concretos y que como reconoce la recurrente no se podían referir a 2015 por estar aún pendiente de presentación el Impuesto de Sociedades, por lo que era lógico lo solicitado en el PCAP al referir el requisito al año 2012. Tampoco es admisible la sustitución por un medio alternativo, no previsto en el PCAP, a decisión de la propia licitadora como la declaración anual del IVA. Lo anterior sin perjuicio de que en caso de duda se pudo dirigir al órgano de contratación para solicitar aclaraciones. Por tanto, si se hubiera advertido el defecto la Mesa de contratación debiera haber concedido plazo de subsanación. No obstante, no se percató del defecto y por ello no otorgó plazo. Cabe por tanto analizar si el requerimiento posterior es adecuado a derecho.

La comunicación de 1 de julio de 2016 se limitó a expresar un hecho -la falta de acreditación- sin hacer saber a la licitadora en qué se apoyaba la Mesa para no dar por válidos los medios de acreditación aportados, provocando por ende una indefensión a la hoy recurrente. La comunicación en que se dice que se debe subsanar *“concretamente no queda acreditado el volumen de negocios exigido”*, es excesivamente genérica y no determina de la documentación aportada qué es lo defectuoso, si el número de anualidades, si el importe individual o acumulado o si la

forma de acreditación, cuando lo correcto sería indicar expresamente que con la documentación aportada, ni aislada ni conjuntamente, se alcanzaba el importe necesario, siendo posible alcanzarlo si se aportaba la declaración del Impuesto de Sociedades de 2012 por cuantía suficiente. Probablemente el licitador lo entendió correctamente y se resistió a presentar la declaración tributaria de 2012 por ser de cuantía insuficiente, pero la notificación no es suficientemente motivada.

Como conclusión, en la documentación originalmente presentada no se acreditó el volumen de negocios exigido en el pliego y la notificación solicitando subsanación cuando se advirtió de la insuficiencia no está motivada.

Procede en este momento analizar si con la restante documentación obrante en el sobre 1 se daba cumplimiento a la otra posibilidad otorgada en el PCAP de forma alternativa para acreditar la solvencia económica y financiera: una póliza de seguro, suscrita por Altom Service S.A. por un importe mínimo de indemnización de 400.000 euros.

El motivo de exclusión ha sido que en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas no existía una póliza de seguro de responsabilidad civil por el importe exigido y que la póliza que se presentó en fase de subsanación es de fecha posterior, permitiendo la ley acreditar lo que existe pero no constituir lo que no se cumple.

Reconoce Altom Service que es cierto que lo aportado no era una póliza de seguros en vigor, sino que se trataba de una oferta firmada por dicha entidad aseguradora, es decir, de una oferta vinculante y con eso se cumplía con lo que al respecto establece el artículo 11.4.a) del RGLCAP.

Al efecto alega Repro-expres que no se ha aportado un certificado de seguro en vigor a fecha final de presentación de ofertas, que la oferta que incluyó de

formalizar el seguro no era vinculante y que la cifra del seguro por importe de 400.000 euros no alcanza el importe del valor estimado del contrato (2.067.710 euros) tal como establece el artículo 11.4 del RGLCAP.

El artículo 75.1.b) del TRLCSP faculta para que el órgano de contratación puede exigir que la solvencia económica y financiera del empresario se acredite mediante un *“justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente”*.

Cuando el artículo 146.5 TRLCSP establece, como regla general, que *“el momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración será el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones”*, se otorga fundamento, a la Mesa de contratación, para concretar la exigencia de que tal seguro haya sido ya formalizado al tiempo de expirar tal plazo.

No es objeto del debate, ni se planea, si dicho criterio de selección se refiere a empresarios o solo a profesionales (a los que parece ir referido) puesto que el apartado 1.b) del artículo 75 del TRLCSP comienza señalando que este medio se puede pedir *“en los casos en que resulte apropiado”*. El PCAP lo ha establecido como uno de los dos posibles medios para acreditar la solvencia en este procedimiento y es admisible para todo tipo de licitador.

La interpretación del artículo 75.1.b) y sus precedentes ha sostenido que este tipo de seguros se trata de los denominados seguros contra daños regulados en la Ley de contrato del Seguro como seguros de responsabilidad civil. Asimismo se coincide en la necesidad de que el contrato de seguros esté formalizado a la fecha

de finalización del plazo de presentación de ofertas debiendo exigirse por la cuantía mínima exigida durante la vigencia del contrato.

Sin embargo, el artículo 11.4.a) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la redacción dada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, establece:

“En los contratos cuyo objeto consista en servicios profesionales, en lugar del volumen anual de negocio, la solvencia económica y financiera se podrá acreditar mediante la disposición de un seguro de indemnización por riesgos profesionales, vigente hasta el fin del plazo de presentación de ofertas, por importe no inferior al valor estimado del contrato, así como aportar el compromiso de su renovación o prórroga que garantice el mantenimiento de su cobertura durante toda la ejecución del contrato. Este requisito se entenderá cumplido por el licitador o candidato que incluya con su oferta un compromiso vinculante de suscripción, en caso de resultar adjudicatario, del seguro exigido, compromiso que deberá hacer efectivo dentro del plazo de diez días hábiles al que se refiere el apartado 2 del artículo 151 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La acreditación de este requisito se efectuará por medio de certificado expedido por el asegurador, en el que consten los importes y riesgos asegurados y la fecha de vencimiento del seguro, y mediante el documento de compromiso vinculante de suscripción, prórroga o renovación del seguro, en los casos en que proceda.”

El desarrollo reglamentario y la interpretación que hace del medio de solvencia referido a la existencia de un seguro pretende evitar que el licitador incurra en gastos innecesarios con la contratación de un seguro que a la postre nada garantice, entendiendo que es suficiente el compromiso de contratación que se hará efectivo antes de la adjudicación.

Debemos partir de que dicho artículo 11.4 no es de aplicación directa al caso que nos ocupa, puesto que el mismo se dirige a los contratos no sujetos al requisito de clasificación y no exentos del requisito de acreditación de la solvencia económica y financiera o de la solvencia técnica o profesional, cuando los pliegos no concreten los criterios y requisitos mínimos para su acreditación, puesto que como venimos diciendo el PCAP que rige esta licitación sí contempla concretos criterios de solvencia. No obstante, la delimitación del requisito de que la póliza de seguro esté contratada antes de que termine el plazo de presentación de proposiciones abre las puertas de la licitación a aquellas empresas que no tengan contratado el seguro o no alcance ese importe sin necesidad de hacer un previo desembolso ante la convocatoria de una licitación sin tener la seguridad de una adjudicación. El principio de igualdad de trato se vería resentido si se diese un trato desigual a quienes licitan regidos con un pliego que no ha concretado condiciones de solvencia y otros que licitan al amparo de un pliego que sí las contempla. Una interpretación coherente y uniforme de la norma legal y reglamentaria deben conducir a una misma conclusión. Y el criterio del artículo 11.4.a) puede servir, como criterio interpretativo, para dirimir la disputa planteada en el recurso.

El documento presentado por Altom Service en el sobre 1, se califica como oferta de seguro, está firmada por un mediador de Mapfre, el tomador del seguro será Altom Service, la suma asegurada por siniestro alcanza los 400.000 euros y tiene una duración anual prorrogable. Cabe desestimar las alegaciones de Repro-expres en cuanto al carácter no vinculante puesto que la oferta la hace la entidad aseguradora y la efectividad del mismo solo depende de la aceptación del tomador a quien se dirige. Tampoco cabe estimar lo alegado en relación al importe, puesto que la cuantía equivalente al valor estimado del contrato será aplicable, como hemos dicho cuando sea de aplicación el artículo 11.4, es decir cuando en el propio pliego no se haya establecido otra cosa, mientras en este caso se ha concretado expresamente en 400.000 euros.

Procede, en consecuencia la estimación del recurso por los motivos invocados, retrotrayendo las actuaciones al momento de calificación de la documentación administrativa con la admisión de la recurrente a la licitación y continuando la tramitación con los trámites legales.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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.- Estimar el recurso especial, interpuesto por doña M.G.A., en representación de la empresa Altom Service, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de la Universidad Complutense de Madrid de fecha 16 de junio de 2016, por el que se la excluyó de la licitación para contratar el “Servicio de reprografía en diversos centros de la Universidad Complutense de Madrid”, expte P-1/16, debiendo admitir su oferta al procedimiento.

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 del TRLCSP.