

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

En Madrid, a 26 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña S.H.G., en representación de la empresa Educación en Acción Sociedad Cooperativa Madrileña (en adelante Educación en Acción), contra el Decreto del Concejal Delegado de Hacienda, Patrimonio y Contratación del Ayuntamiento de Leganés, de fecha 3 de agosto de 2018 por el que se excluye su oferta del procedimiento de contratación de la concesión del servicio público de gestión de la escuela infantil El Koala de Leganés con número 1162/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el BOE e inserción en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Leganés ambos en fecha de fecha 2 de febrero de 2018, se convocó mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios la licitación del contrato de referencia.

El valor estimado de la concesión asciende a 3.899.187,30 euros y el plazo de ejecución se extiende a cuatro años, con posibilidad de prórrogas por otros tres años.

Segundo.- Interesa destacar que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece en su anexo de características del contrato, apartado 7 para acreditar de la solvencia económica, técnica en los siguientes términos:

“7.- Solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

Volumen anual de negocios en cada uno de los tres últimos ejercicios liquidados (2014, 2015 y 2016), por importe igual o superior al importe de una anualidad del presupuesto de licitación del presente contrato (454.495,14 euros).

Para la acreditación del volumen anual de negocios el licitador o candidato deberá aportar las cuentas anuales de cada uno de los tres ejercicios citados, 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 (...).”

Segundo.- A esta licitación se presentaron cinco empresas, entre ellas la recurrente cuya oferta fue clasificada en primer lugar mediante decreto del órgano de contratación.

En consecuencia, la Mesa de contratación de fecha 4 de julio acordó requerir a Educación en Acción la documentación necesaria para acreditar que la mercantil reúne la solvencia requerida en los PCAP que rigen la contratación.

Presentada dicha documentación la Mesa de contratación comprueba en sesión celebrada el 1 de agosto de 2018, que de la documentación presentada se deduce que el año que mayor cifra del volumen anual de negocio, de los tres últimos ejercicios, ha obtenido la empresa requerida asciende a 391.688,47 euros. Se incluye en la documentación además un certificado del representante de la sociedad sobre los ingresos obtenidos en los ejercicios del año 2014 con un total de 770.212,86 euros, del año 2015 con un total de 413.562,10 euros y del año 2016 con un total de 439.789,38 euros

A la vista de todo ello la mesa de contratación considera calificar

desfavorablemente la documentación exigida en los PCAP y aportada por la licitadora, proponiendo al órgano de contratación la exclusión de esta empresa y el requerimiento de la documentación a la segunda clasificada.

Dicha propuesta se acuerda por el Concejal Delegado de Hacienda, Patrimonio y Contratación mediante Decreto de fecha 3 de agosto de 2018 que se notifica a la recurrente al día siguiente.

Tercero.- El 21 de agosto de 2018 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Educación en Acción, en el que solicita la consideración como válida de la acreditación de la solvencia económica de su empresa con la documentación aportada. Basando dicha pretensión en que la anualidad del contrato tiene un importe inferior al que solicita el órgano de contratación. Considera que el precio anual del contrato es de 198.399,50 euros en tanto que el órgano de contratación pretende considerar como precio anual la división del valor estimado entre los años de duración de contrato y posibles prórrogas y que arroja un resultado de 454.495,14 euros. En consecuencia existe una incongruencia en los PCAP y debe admitirse la acreditación de la solvencia económica con la acreditación de un volumen de negocio de 198.399,50 euros.

El 28 de agosto de 2018, 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 (LCSP).

Cuarto.- Con fecha 5 de septiembre 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al licitador cuya oferta ha

sido clasificada en segundo lugar, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

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 cuya oferta había sido clasificada en primer lugar pero la documentación presentada previamente a la adjudicación ha sido calificada desfavorablemente y en consecuencia excluida de la licitación, por lo tanto *“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 3 de agosto de 2018, practicada la notificación el 9 de agosto de 2018, e interpuesto el recurso, en el registro de este Tribunal el día 21 de agosto, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

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 concesión de servicio público cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 de euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto formalmente contra el acuerdo de exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato, sin embargo toda la argumentación del recurso va dirigida contra los apartados 6 y 7 del anexo 1 del PCAP por no estar bien calculada la solvencia económica a requerir en esta licitación en relación con la normativa vigente para la determinación de la solvencia económica en la contratación pública, según aduce la recurrente.

Afirma la recurrente en apoyo de sus pretensiones que el órgano de contratación yerra al confundir el presupuesto de la licitación con el importe total del servicio público, utilizando para ellos las siguientes operaciones matemáticas: *“El Anexo I del PCAP recoge en su apartado 6, bajo el título ‘Presupuesto, precios, precios unitarios máximos de licitación y crédito presupuestario’ el valor estimado del contrato, fijándolo en un importe total de 3.899.187, 30 euros, y cuyo desglose, para llegar a esa cifra, es el siguiente:*

- *Coste del Servicio 4 anualidades: 454.495,14 euros x 4 = 1.817.980,56 euros*
Importe prórrogas (3 años): 1.363.485,42 euros.
Total: 3.181.465,98 euros

- *Modificación 10%: 3.499.612,58 euros*
- *Importe equipamiento: 45.425,48 euros.*
- *Importe servicio: 354.149,25 euros* *TOTAL: 3.899.187,30 euros*

Con anterioridad, dicho apartado del anexo I que contiene las características concretas del contrato calcula el importe máximo de funcionamiento de la escuela por curso escolar, presupuestándolo en la cantidad de 454.495,14 euros.

Llegando a dicha cifra aplicando las siguientes variables:

‘ Coste de la escolaridad mensual por plaza escolar (243,33 euros) por el número de plazas escolares (118) por el número de meses de emisión de recibos de cuotas a los usuarios de la escuela (11).

- Coste del comedor mensual por alumno (96,00 euros) por el número de alumnos (118) por el número de meses de emisión de recibos de cuotas a los usuarios de la escuela (11).

- Coste del horario ampliado mensual, por período de media hora (11,40 euros) por el número de plazas de períodos de media hora previstos (112) por el número de meses de emisión de recibos de cuotas a los usuarios de la escuela (11).

Deducidas del importe del proyecto las aportaciones de los usuarios, calculadas en base a las cuotas medias de escolaridad y horario ampliado abonadas por la (sic las) familias de la Escuela Infantil KOALA durante el último curso escolar (obtenidas de los datos reales justificados por la Escuela Infantil correspondiente al mes de febrero de 2017 y al precio privado de comedor, aprobado por la Consejería de Educación, Juventud y Deporte, y equivalentes a 256.095,64 euros por curso escolar [(118x 243,33euros + 118x96euros + 112x11,40 euros)x 11 meses], el presupuesto del coste del contrato será: 454.495,14 euros - 256.095,64 euros = 198.399,50 euros por curso escolar’.

Acabamos de ver, como CCEC el presupuesto del coste del contrato por curso escolar lo fija en la cantidad de 198.399, 50 euros, llegando a esta cantidad después de deducir del importe del funcionamiento de la escuela por curso escolar (454.495,14euros) la cantidad de 256.095,64 euros que corresponde con las aportaciones de los usuarios, es decir, la cuota mensual que abonarán las familias que llevarán a sus hijos a la escuela infantil (...) Este es, 198.399, 50 euros, el verdadero coste del contrato que hay que tener en cuenta a la hora de justificar, anualmente, como presupuesto anual de licitación del presente contrato, y no el que ha fijado, por error, el apartado 7 de las CCEC del PCAP, en la cantidad de 454.495, 14 euros.

El apartado 7 del CCEC del PCAP, bajo su enunciado ‘Solvencia económica, financiera y técnica o profesional’, en su apartado A ‘Acreditación de la solvencia económica y financiera’, transcribe el artículo 75. 1 a) TRLCSP (Texto Refundido de

la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre) *en el sentido siguiente:*

‘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.’

A continuación, dicho epígrafe A) determina los criterios de selección en el sentido siguiente:

‘Volumen anual de negocios en cada uno de los tres últimos ejercicios liquidados (2014, 2015 y 2016), por importe igual o superior al importe de una anualidad del presupuesto de licitación del presente contrato (454.495,14 euros).’”

Indica así mismo que la Mesa de contratación hace una interpretación errónea del artículo 75.1 del TRLCSP dado que, tampoco, dicho precepto equipara el volumen anual del negocio, como medio de acreditación de la solvencia financiera y técnica con el importe neto de la cifra de negocio reflejado en la cuantía de pérdidas y ganancias.

Frente a estas alegaciones, el órgano de contratación justifica la exactitud de los PCAP así como de la cuantía mínima que deberá haber alcanzado la cifra global de negocio en los años 2014, 2015 y 2016 por parte de la licitadora como forma de acreditación de su solvencia económica.

Destaca en su escrito dos cuestiones fundamentales. La primera será la determinación del valor del contrato y la segunda la determinación de que cifra de las cuentas anuales de la empresa responde al concepto de valor de negocio anual.

En relación con la primera de ellas y matriz de la controversia surgida, el órgano de contratación defiende que el valor del contrato será el resultado de sumar todos los conceptos por los que el empresario va a obtener ingresos por la ejecución del contrato, entendiendo en este caso que resultará de la suma de las tarifas abonadas

directamente por los usuarios más la cuantía que le ingresará el Ayuntamiento de Leganés.

En segundo lugar destaca que el valor total de negocio de una empresa no responde al mismo concepto que los ingresos obtenido por dicha empresa. Apoya su argumentación en la Circular Informativa 1/2015, de 1 de octubre, de la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre los cambios introducidos por el Real Decreto 773/2015, que concluye que por volumen anual de negocios debe entenderse el importe neto de la cifra de negocios que figuran en la cuenta de pérdidas y ganancias de los modelos reglamentarios de las cuentas anuales establecidas en la legislación mercantil.

Así mismo señala que ni siquiera aceptando el concepto de ingresos netos que pretende imponer la recurrente, alcanzaría la cifra mínima para acreditar la solvencia, toda vez que en este concepto la empresa obtuvo los siguientes resultados:

Año 2014: 770.212,86 euros

Año 2015: 413.562,10 euros

Año 2016: 439.789,38 euros

Por último alega que la cifra mínima para acreditar la solvencia figura en los PCAP y no consta recurso alguno sobre ellos en su momento, por lo que deviene extemporánea cualquier pretensión sobre su error, incongruencia o falta de idoneidad de la solvencia requerida en ellos.

Como es sabido, 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 y vinculan 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 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.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

En este momento, la empresa con su oferta clasificada en primer lugar no puede pretender la nulidad de los pliegos fundada en un pretendido error en la determinación del volumen anual de negocios, o en la incongruencia en los pliegos, ya que no concurriendo ninguna de las causas que permitirían anular el PCAP conforme Sentencia del TJUE, de 12 de marzo de 2015, eVigilo Ltd, dictada en el asunto C-538/13, que permite excepcionalmente el recurso indirecto contra los pliegos al recurrir la adjudicación cuando la aplicación de lo dispuesto en ellos conduce a un acto de aplicación nulo porque permita un trato desigual o discriminatorio siempre que la nulidad del criterio no fuera apreciable por un licitador diligente, por lo que dicha impugnación resulta extemporánea.

Por todo ello se propone la inadmisión 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.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Educación en Acción Sociedad Cooperativa Madrileña, contra el Decreto del Concejal Delegado de Hacienda, Patrimonio y Contratación del Ayuntamiento de Leganés, de fecha 3 de agosto de 2018 por el que se excluye a la empresa cuya oferta ha sido

clasificada en primer lugar en el procedimiento de contratación de la concesión del servicio público de gestión de la escuela infantil el koala del Ayuntamiento de Leganés.

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.