

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

En Madrid, a 13 de mayo de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Factoría Estival de Arte, S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 30 de marzo de 2021, por el que se le excluye de la licitación del contrato “Servicio de lecturas dramatizadas: Actividades Escénicas, Didácticas y de Animación a la Lectura”, licitado por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 28 de enero de 2020 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación del contrato de referencia.

El valor estimado del contrato asciende a 140.000 euros y un plazo de ejecución de 1 año.

Segundo.- A la presente licitación se han presentado dos licitadores, entre ellos, la recurrente.

Con fecha 16 de julio de 2020, se realiza la apertura de proposiciones incluidas en el sobre 3, emitiéndose informe sobre el mismo, con fecha 20 de julio de 2020. De resultas del mismo, se produce un empate con 86 puntos para cada una de las empresas.

Por acuerdo de la mesa de contratación de 29 de julio de 2020, se requiere a ambas empresas para que presenten la documentación pertinente a fin de acreditar las circunstancias designadas por el artículo 147.2 de la LCSP, con objeto de deshacer el empate, en defecto de previsión en los pliegos.

Tras la emisión de informe de 19 de agosto de 2020, en reunión de la Mesa de contratación de 25 de agosto 2020, se propone la adjudicación del contrato al Colectivo Escénico Sol y Tábanos Teatro, CÍA. Con fecha 28 de agosto de 2020, la Concejala de Hacienda acuerda la adjudicación del contrato, que fue notificada el 27 de noviembre de 2020.

Con fecha 18 de diciembre de 2020, se presentó recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del contrato de referencia por la empresa ahora recurrente, que fue estimado mediante Resolución 23/21, de 21 de enero de este Tribunal, anulándose la adjudicación del contrato y procediendo a una nueva adjudicación, ya que el criterio de desempate debe favorecer al recurrente.

En ejecución de dicha resolución, el órgano de contratación acordó requerir al recurrente la documentación exigida en el artículo 150 de la LCSP, concediéndole un plazo de 10 días para su cumplimentación.

El día 30 de marzo de 2021 la Mesa de Contratación procede al examen y clasificación de la documentación aportada por la recurrente resultando que con la

documentación aportada no acredita que dicha empresa esté en posesión de la solvencia económica y financiera conforme se exige en los artículos 140.1 y 150.2 de la LCSP, al tener un patrimonio neto negativo en los ejercicios 2018 y 2019, ejercicios que está vencida la obligación de aprobación de las cuentas anuales y por tanto acuerda excluir de la licitación y requerir al siguiente mejor clasificado, COLECTIVO ESCÉNICO SOL Y TÁBANOS TEATRO, CÍA, dentro del plazo de diez días hábiles, la documentación indicada.

Con fecha 9 de abril de 2021 se notifica el acta de la mesa de contratación de 30 de marzo de 2021 ahora recurrida, en la que se acuerda:

“EXCLUIR a la empresa FACTORÍA ESTIVAL DE ARTE, S.L. de la licitación de referencia por los motivos anteriormente expuestos, esto es: no estar en posesión de la solvencia económica y financiera conforme se exige en la cláusula 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, al tener un patrimonio neto negativo en los ejercicios 2018 y 2019, ejercicios que está vencida la obligación de aprobación de las cuentas anuales, y en consecuencia, acordar asimismo la devolución de la fianza depositada por esta empresa.”

Tercero.- Con fecha 30 de abril de 2021, se presentó recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión del contrato de referencia.

Cuarto.- El 7 de abril del 2020, el Órgano de contratación remitió al 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 que las aducidas por el recurrente, 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, 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 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 de exclusión fue notificado el 9 de abril de 2021, interponiéndose el recurso el 30 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1. c) de la LCSP.

Cuarto.- El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 44. 2.b) de la LCSP, al referirse a un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros.

Quinto.- A efectos de la resolución del contrato, procede destacar la cláusula 4 del PCAP que estable *“la solvencia económica y financiera deberá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes:*

“a) Certificado o documento acreditativo de la Inscripción en el Registro Oficial de

Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público.

b) Para sociedades mercantiles, civiles o equivalentes y profesionales incluidos en la sección primera del IAE:

b.1 El volumen anual de negocios referido al mejor de los tres últimos ejercicios, siempre que ello sea posible en función de las fechas de constitución o de inicio de las actividades de la empresa y de la presentación de las ofertas. Se establece que el importe mínimo del año de mayor volumen de negocios debe superar la cantidad resultante de multiplicar el valor anual medio del contrato si su duración es superior a 1 año o el valor estimado del contrato si su duración es superior a un 1 año, por 1,0 en los contratos de suministro y servicios y por 1,5 en los contratos de obras. Cuando el contrato se divida en lotes el importe se aplicará proporcionalmente en función de cada uno de los lotes a los que se presente la empresa. Y adicionalmente que su patrimonio neto del último ejercicio para el que está vencida la obligación de aprobación de las cuentas anuales sea positivo.

b.2. Un importe mínimo del Patrimonio Neto en el último ejercicio para el que esté vencida la obligación de aprobación de las cuentas anuales por importe igual o superior al valor anual estimado del contrato.

b. 3 Certificado expedido por el asegurador en el que conste la existencia de una póliza de seguro de indemnización por riesgos profesionales vigente hasta el fin del plazo de presentación de ofertas, por importe igual o superior al valor estimado del contrato, en el que consten los importes y riesgos asegurados y la fecha de vencimiento del seguro. Así como aportar un compromiso por parte del licitador de su renovación o prórroga que garantice el mantenimiento de su cobertura durante toda la ejecución del contrato en caso de resultar adjudicatario.

Para acreditar los apartados b.1 y/o b.2 deberá aportarse cuentas anuales aprobadas con el sello del Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro,

y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en el que deba estar inscrito, o copia del modelo 347 de la Declaración Anual de Operaciones con Terceras personas; o copia del modelo 200 "Impuesto sobre Sociedades" o modelo equivalente debidamente presentado ante la Agencia Tributaria correspondiente (. .).

El recurrente fundamenta su recurso en el incumplimiento de las determinaciones de los Pliegos en cuanto a los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera.

A este respecto, alega que al artículo 86.1 LCSP dispone que 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. La doctrina y jurisprudencia actual determina que, si el órgano de contratación fijó las características de la licitación en los pliegos, las mismas deben ser tenidas en cuenta a la hora de adjudicar el contrato ya que son ley entre partes y parte sustancial de la relación contractual.

Añade que la propia redacción de los pliegos, además del uso de la expresión ya de por si clara *"por uno o varios"*, confirma en su descripción posterior de los medios válidos para acreditar la solvencia económica y financiera que basta con cumplir uno de ellos para que dicha solvencia queda acreditada, por lo que considera que la interpretación del órgano de contratación es errónea y va en claro perjuicio del licitador mejor clasificado.

A su juicio, se comprueba que se permite en el PCAP la acreditación de la solvencia por medios alternativos y que la documentación aportada es adecuada y completa:

- Póliza Seguro de Responsabilidad civil; Período de cobertura de la Póliza: desde las 00 horas del día 19-07-2019 hasta las 00 horas del 21-03-2020. Póliza de seguro por

riesgos profesionales vigente hasta el fin de plazo de presentación de ofertas (12/02/2020), por importe de 300.000€ (igual o superior a 140.000€).

- Certificado Existencia y Renovación Póliza RC para el periodo 21-03-2020 hasta las 00 horas del 21-03-2021.

- Certificado Existencia y Renovación Póliza RC para el periodo 21-03-2021 hasta las 00 horas del 21-03-2022.

- Declaración Compromiso de renovación o prórroga garantizando el mantenimiento de su cobertura durante toda la ejecución del contrato en caso de ser adjudicatario”.

Concluye señalando que es posible legalmente la acreditación de la solvencia económica y financiera por medios alternativos y que la documentación acreditativa del seguro de responsabilidad civil presentada es adecuada y cumple con los requisitos legales establecidos al efecto.

Por su parte, el órgano de contratación alega que el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, recoge en el artículo 363 las causas de disolución de las sociedades y el apartado e) dice:

"e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

Señala que dos de las forma para acreditar la solvencia económica y financiera es la del volumen de operaciones y el patrimonio neto que ha de ser positivo, pero dicho patrimonio neto del ejercicio 2018 es de -19.730,36 € y el de 2019 es de -9.683,26 €, Las pérdidas acumuladas de los ejercicios anteriores superan al capital social de 3.012,00, existe pues desequilibrio patrimonial que conforme a lo establecido en el artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital es causa de disolución de la sociedad.

Respecto al Seguro de Responsabilidad Civil aportado por la recurrente, señala que cubre los riesgos y garantías siguiente:

- Garantías contratadas:

- Por siniestro: 300.000 Euros
- Limite por anualidad o periodo de seguro:300.000 Euros
- Límite por victima en todas las garantías:300.000 Euros

Sumas aseguradas para las prestaciones del seguro:

- Defensa, fianzas y costes Incluido
- Fianzas criminales Incluido
- Gastos en conflicto de intereses:15.000 Euros

Garantía de responsabilidad civil general o de explotación:

- Límite por siniestro: 300.000 €
- R.C. inmobiliaria, obra menor, daños por agua, subsidiaria de subcontratista, transporte y almacenamiento de mercancías no peligrosas: Incluido, con franquicia de 3 00 €

Garantía de responsabilidad civil locativa: 60.000

- Límite por siniestro con franquicia de: 300 €

Garantía de RC por accidentes laborales:

- Límite por siniestro:300.000 Euros
- RC Cruzada, empleados de subcontratación: Incluido
- Límite por victima por accidente laboral: 300.000 €, con franquicia: 300€

A este respecto, señala que las garantías contratadas cubren riesgos personales, materiales y económicos a terceras personas, se trata de un seguro de responsabilidad civil es general no incluye la negligencia, omisión o error de carácter profesional, estos riesgos no son cubiertos económicamente por el seguro de responsabilidad civil general, pero sí por el seguro de responsabilidad civil profesional,

es decir este último contempla daños causados por el profesional o por las instalaciones en donde ejerce su actividad profesional, que puede ser material o corporal. Este seguro de responsabilidad civil profesional es el que recoge tanto el pliego de condiciones que rigen la licitación como en el establecido en el artículo 87 de la LCSP, sin embargo, el que presenta la recurrente es un seguro de responsabilidad civil general.

Vistas las alegaciones de las partes, procede destacar como señala el recurrente y este Tribunal ha señalado de forma reiterada, que es necesario, como reflejo de los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos que establece el art. 1 de la LCSP, que los órganos de contratación y los licitadores se sujeten a las previsiones de los Pliegos que rigen la contratación, que se configuran como una verdadera *lex contractus* tanto para todos ellos.

El artículo 86.1 LCSP dispone que 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.

Así, el PCAP ofrecía varias alternativas para acreditar la solvencia económica, tal como se desprende de la interpretación literal de la cláusula 4 del PCAP “*la solvencia económica y financiera deberá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes.*”. Por tanto, sería suficiente que quedase acredita uno solo de los medios previstos en el PCAP, como puede ser, en el caso que nos ocupa, la aportación de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales.

Se trata, por tanto, de determinar si la acreditación de dicho seguro cumple las exigencias legales y de los pliegos.

A este respecto, hay que destacar que el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación hacía referencia únicamente a la causa de “*un patrimonio neto negativo*”

en los ejercicios 2018 y 2019, ejercicios que está vencida la obligación de aprobación de las cuentas anuales, y en consecuencia, acordar asimismo la devolución de la fianza depositada por esta empresa.”

Es posteriormente, en el informe del recurso cuando alega que se trata de un seguro de responsabilidad general y no por riesgos profesionales, señalando que no incluye la negligencia, omisión o error de carácter profesional.

Consta en el expediente de contratación póliza RS-G-285.000.319 de seguro de responsabilidad civil suscrita con la compañía GENERALI ESPAÑA SA, por un importe de 300.000 euros para el periodo 21 de marzo de 2020 hasta el 21 de marzo de 2021. Consta, así mismo, certificación de fecha 22 de marzo de 2021, de existencia y renovación de la citada póliza para el periodo de marzo de 2021 hasta marzo 2022. También figura declaración de compromiso de renovación y prórroga garantizando el mantenimiento de la cobertura durante la ejecución del contrato en caso de ser adjudicatario.

Analizado el contenido de la póliza, a juicio de este Tribunal, resulta suficiente para dar por acreditada la solvencia económica conforme a las exigencias del apartado 4 del PCAP, por lo que procede la anulación de la exclusión, debiéndose dar por acreditada dicha solvencia y retrotrayendo las actuaciones al momento previo a la exclusión de la recurrente.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Factoría Estival de Arte, S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 30 de marzo de 2021 por el que se le excluye de la licitación del contrato “Servicio de lecturas dramatizadas: Actividades Escénicas, Didácticas y de Animación a la Lectura”, licitado por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares, con retroacción de actuaciones, en los términos señalados en el Fundamento de Derecho Quinto.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de 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 los términos de la Ley 29/1998 de 13 de diciembre reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 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.