

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

En Madrid, a 17 de noviembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de East West Productos Textiles, S.L., contra el Acuerdo del Pleno Municipal de 5 de octubre de 2022, por el que se le excluye del procedimiento de licitación, lote 2 del contrato de “Concesión de servicios para la recogida de residuos sólidos urbanos y otros residuos y la limpieza viaria, así como la recogida, transporte y gestión del aceite doméstico usado, del término municipal de Arganda del Rey” número de expediente 303/2021/27006, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 5 de octubre de 2021, en la Plataforma de la Contratación del Sector Público, posteriormente rectificados el 24 de noviembre se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en dos lotes.

Segundo.- El valor estimado del contrato asciende a 76.802.831,89 euros y su plazo de duración del lote 2 será de 8 años.

A la presente licitación se presentaron tres empresas entre ellas la recurrente.

Tercero.- Instruido el procedimiento de licitación el 10 de mayo de 2022, la Mesa de contratación propone excluir del lote 2 a las empresas Gema Integrales, S.L. y Reseave, S.L., del procedimiento de licitación por incluir en el sobre 2, información que debía constar en el sobre 3 y propone la adjudicación a la empresa East West Productos Textiles, S.L.

El 25 de mayo de 2022, el pleno del Ayuntamiento acuerda excluir a las dos empresas citadas anteriormente y clasificar las ofertas y requerir a East West Productos Textiles, S.L., para que presente la documentación necesaria para la adjudicación del contrato recogida en la cláusula 22 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP).

El 16 de junio de 2022, tuvieron entrada en este Tribunal los recursos especiales en materia de contratación, formulados por la representación de Gema Integrales, S.L. y Reseave, S.L. (Recursos 236/2022 y 238/2022) en el que solicitan que se anule su exclusión y en consecuencia la adjudicación ordenando la retroacción del procedimiento al momento de valoración de sus ofertas.

El 21 de junio la Mesa propone al órgano de contratación declarar desierto el procedimiento correspondiente al lote 2 por no quedar suficientemente acreditada la solvencia técnica o profesional de East West Productos Textiles, S.L.

El 28 de junio de 2022, el Pleno del Ayuntamiento acuerda declarar desierto el lote 2 del contrato de referencia dado que la única empresa admitida a licitación no acredita suficientemente la solvencia técnica.

El 30 de junio de 2022, mediante la Resolución 251/2022 de este Tribunal, se resuelven los recursos interpuestos por Gema Integrales, S.L. y Reseave, S.L. en el que se estiman las pretensiones de los recurrentes en los términos establecidos en el

fundamento de derecho sexto, de tal forma que la retroacción del procedimiento para la valoración de las ofertas de los recurrentes está supeditada a la efectiva exclusión de East West Productos Textiles, S.L., del procedimiento de licitación pues en caso contrario conllevaría la nulidad de todo el procedimiento de licitación, de acuerdo con lo expuesto en dicha Resolución.

El 21 de julio de 2022, Reseave, S.L., presenta recurso en el que solicita que sea revocado el Acuerdo del Pleno de 28 de junio por el que se declara desierto el procedimiento de licitación y se ordene la retroacción del procedimiento de licitación al momento anterior a la valoración de las ofertas de Reseave, S.L., y de Gema Integrales, S.L., en los términos contenidos en el fundamento de derecho sexto de la Resolución 251/2022 de 30 de junio de este Tribunal.

Mediante la Resolución 311/2022, de 11 de agosto, se desestima el recurso porque el acto impugnado es de fecha anterior a la Resolución 251/2022 y la retroacción del procedimiento para la valoración de las ofertas de Reseave, S.L. y Gema Integral, S.L., está supeditada a la efectiva exclusión del procedimiento de licitación de East West Productos Textiles, S.L.

El 25 de julio de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación formulado por East West Productos Textiles, S.L., contra el Acuerdo del Pleno de 28 de junio solicitando que se anule su exclusión. Dicho recurso es estimado mediante la Resolución 313/2022, de 11 de agosto, ordenando la retroacción del procedimiento a los efectos de que se dicte una resolución motivada.

El 5 de octubre de 2022, mediante el Acuerdo del Pleno Municipal se excluye a East West Productos Textiles, S.L., por no acreditar la solvencia técnica exigida en el PCAP. El 28 de octubre presenta recurso especial ante el órgano de contratación, contra la exclusión y solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

El 3 de noviembre el órgano de contratación remite el recurso junto al expediente de contratación y el correspondiente informe.

Cuarto.- 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 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 (en adelante, 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 del procedimiento de 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).

La Secretaria del Tribunal requirió al recurrente para que acreditase la representación de la persona que suscribe el recurso en nombre de East West Productos Textiles, S.L., que ha sido subsanada en el plazo establecido.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 5 de octubre de 2022, publicado en la Plataforma de la

Contratación del Sector Público el 7 de octubre e interpuesto el recurso ante el órgano de contratación el 28 de octubre dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión del recurrente del procedimiento de licitación. El contrato es de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.c) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- Alega la recurrente que el órgano de contratación a efectos de dar cumplimiento a la Resolución 313/2022, de 11 de agosto, de este Tribunal, contrata a la empresa Eguesan Energy, S.L., para que evalúe y determine por medio de un informe si efectivamente cumple los requisitos de solvencia y concluye en su análisis *“Que si bien en una primera instancia (13/06/2022) la entidad EAST WEST no acredita la solvencia técnica o profesional, en la subsanación de la misma en fecha de 17 de junio de 2022, la entidad presenta la documentación acreditativa que permite justificar que SI CUMPLE con la solvencia requerida en el PCAP”*.

Los criterios que se aplicaron fueron los siguientes:

- El importe acumulado de los servicios efectuados en los tres últimos años sea igual o superior a 38.918,62 euros.
- La documentación acreditativa refiera a servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos.

Estos criterios son los establecidos en el PCAP, que son los que lógicamente deben ser aplicados en la evaluación.

Una vez emitido el referido informe, el órgano de contratación emite un acta en el que sorprendentemente indica lo siguientes:

“Se presenta por el responsable del contrato informe emitido por la empresa Eguesan, de fecha 30 de agosto de 2022, que queda incorporado al expediente, como adjudicataria del contrato de asistencia técnica en cual se ha procedido a revisar la solvencia técnica aportada por la empresa recurrente East West, concluyendo que el importe acumulado de los servicios efectuados en los tres últimos años es superior al requisito mínimo de solvencia, revisado el informe, se advierte por la Mesa que los cálculos efectuados no son correctos debido a que se han acumulado los importes acreditados en los últimos tres años, cuando en la cláusula 12 del pliego de condiciones administrativas se establece que ha de tenerse en cuenta, el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución.

A la vista de lo anterior se acuerda solicitar al Jefe de Servicios a la Ciudad, como responsable del contrato, se emita informe técnico, al respecto de la documentación relativa a la solvencia técnica, aportada por la empresa East West, en el que se desglose los servicios realizados en cada uno de los tres últimos años, así como la solvencia acreditada igualmente en cada uno de los tres últimos años”.

Considera el recurrente que el error que comete la empresa encargada de realizar el informe, no es en la valoración acumulada de los contratos, como manifiesta el propio órgano de contratación en su acta, pues las cantidades están bien identificadas tanto en el informe, como en los propios certificados; sino en que si tenemos en cuenta el año en el que se publican los pliegos (2021), los certificados de 2018 o aquellos en los que se certifica y acredita que el contrato tiene lugar antes de 2018 y todos siguen aún vigentes, por lo que deben ser tenidos en cuenta para la valoración, en tanto en cuanto, se trata de un canon anual durante toda la vigencia del contrato, por lo que si tomamos en consideración un contrato firmado en 2018, que a fecha de hoy sigue en vigor, se sigue percibiendo un canon anual que está fijado en contrato, por lo que no tiene ningún sentido que se dejen fuera certificados que acreditan dicha circunstancia y en todo caso, deberían haberlo manifestado para su justificación, cuestión que entendemos no hace falta pues queda meridianamente claro.

Por otro lado, si la empresa encargada de la evaluación hubiera examinado con detenimiento todas las acreditaciones y certificados aportados por esta parte, habría advertido que la realidad es que mi mandante acredita sobradamente las cantidades, por lo que no cabe la exclusión de determinados certificados por estar firmados en 2018 o por responder a contratos de 2018 cuya duración sigue vigente a día de hoy.

Refiere que el informe que realiza el órgano de contratación es prácticamente calcado al que realiza la empresa pero que añade un criterio que debe ser invalidante:

“El cómputo del plazo para acreditar la solvencia técnica o profesional de los últimos tres años debe coincidir con la fecha de publicación del anuncio de licitación y de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector público, esto es, el día 5 de octubre de 2021”.

Considera que este criterio no responde a ninguna lógica ni a la buena fe, pues no consta en el PCAP y que además lo único que pretende es dejar fuera de la valoración aquellos contratos de mayor importe que, incluso por sí mismos, ya superan la cuantía mínima para acreditar la solvencia y cuestiona el informe emitido por el órgano de contratación que deja sin efecto el emitido por la empresa encargada de la valoración causándole indefensión pues no se le concede un nuevo plazo para realizar aclaraciones.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que en cumplimiento de la Resolución 313/2022, en la sesión celebrada por la Mesa de contratación el 14 de septiembre de 2022, se manifiesta: *“Se presenta por el Responsable del contrato informe emitido por la empresa Eguesan Energy, S.L., de fecha 30 de agosto de 2022, que queda incorporado al expediente, como adjudicataria del contrato de asistencia técnica en cual se ha procedido a revisar la solvencia técnica aportada por la empresa recurrente East West, concluyendo que el importe acumulado de los servicios efectuados en los tres últimos años es superior al requisito mínimo de solvencia, revisado el informe se advierte por la Mesa que los cálculos efectuados no son correctos debido a que se han acumulado los importes acreditados en los tres últimos*

años, cuando en la cláusula 12 del pliego de condiciones administrativas se establece que ha de tenerse en cuenta, el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución.

A la vista de lo anterior se acuerda solicitar al Jefe de Servicios a la Ciudad como responsable del contrato se emita informe técnico, al respecto de la documentación relativa a la solvencia técnica, aportada por la empresa East West, en el que se desglose los servicios realizados en cada uno de los tres últimos años, así como la solvencia acreditada igualmente en cada uno de los tres últimos años”.

Conforme al informe técnico publicado en el Plataforma de la Contratación del Sector Público el 29 de septiembre de 2022 se concluye:

“La entidad EAST WEST PRODUCTOS TEXTILES S.L. NO acredita la solvencia técnica o profesional, toda vez que no ha aportado certificados en los que garantice la realización de los servicios efectuados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza de los que constituyen el objeto del contrato, en los que se justifique que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior a 38.918,62 €”.

Opone el órgano de contratación que la cláusula 12 del PCAP es clara al establecer los requisitos de solvencia y que no requiere interpretación pues consta que para el lote 2, el importe mínimo requerido es de 38.918,62 euros y expresa: *“Relación de los principales servicios efectuados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza de los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato [...]”.*

En defensa de sus pretensiones cita entre otras la Resolución 1082/2021, de 2 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales *“En este sentido, una interpretación literal de la regla recién extractada conduce a la conclusión de que efectivamente, basta con alcanzar un determinado importe anual acumulado en trabajos semejantes a los que constituyen el objeto del contrato en un*

solo año de los últimos tres, siendo irrelevante que no se haya tenido ninguna actividad en los dos otros años, o habiéndola tenido, no se haya alcanzado la cifra indicada como mínimo. Ha de tenerse presente que la referencia a los tres últimos años que contiene la Ley lo es a efectos de permitir que el licitador pueda valerse de experiencia poco reciente para acreditar su solvencia; de hecho, en tiempos de crisis se ha permitido acreditar la solvencia técnica mediante experiencia demostrable en un horizonte temporal mayor, admitiéndose trabajos ejecutados en los últimos cinco años [por ejemplo, el artículo 78.1.a) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público]. En otras palabras, la referencia a la relación de trabajos ejecutados en los últimos tres años es una “facilidad” para el licitador, y no una restricción en cuanto a la forma de acreditar su solvencia”.

Así concluye que el recurrente no ha acreditado la solvencia técnica de acuerdo con lo establecido en el PCAP. En cuanto al límite temporal que es fijado en el informe técnico para determinar a partir de cual se computa el plazo de los tres últimos años, considera que dado que los pliegos marcan el plazo de inicio de presentación de proposiciones no debe dejarse al arbitrio de las entidades licitadoras la presentación de documentos que se alejen del marco temporal establecido por el referido anuncio.

Por tanto, una vez publicado el anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, máxime cuando en idéntica fecha se procede a la publicación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas particulares, se entiende que las entidades licitadoras disponen de la información correspondiente al procedimiento de licitación, entre la que cabe destacar, al asunto que nos ocupa, la solvencia técnica o profesional, por lo que los documentos que se aporten deberán ceñirse a un plazo de tres anualidades desde la publicación del anuncio ya que, de otra manera, resultaría imposible delimitar el ámbito temporal de los certificados que se deben aportar en el momento procedimental oportuno.

Además, añade que el informe técnico realiza un desarrollo exhaustivo indicando los certificados que no deben ser tomados en consideración.

Vistas las posiciones de las partes, indicar que es perfectamente legítimo que si el órgano de contratación advierte que el informe encargado a una empresa no es correcto, lo analice y emita un nuevo informe por sus técnicos acorde a la legalidad.

En cuanto a lo alegado por el recurrente sobre que no procede la exclusión de determinados certificados firmados en el año 2018 aun cuando el contrato actualmente sigue en vigor, indicar que dichos certificados no acreditan la prestación de los servicios más allá de la fecha en que fueron emitidos por lo tanto la actuación del órgano de contratación es correcta.

Por lo que se refiere a la cláusula 12 del PCAP, ésta no ofrece dudas en cuanto a los requisitos mínimos de solvencia pues se tienen en cuenta dentro de los tres últimos años, el de mayor ejecución.

Sin embargo, no comparte este Tribunal el criterio mantenido por el órgano de contratación respecto de cómo se computan esos años.

Al respecto es preciso citar el artículo 140.4 de la LCSP *“Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”*.

Si la solvencia tiene que estar acreditada a fecha final de presentación de proposiciones y como el plazo de presentación de ofertas finalizaba el 3 de enero de 2022, el cómputo que se tiene que considerar es del 3 de enero de 2022, hasta el 2 de enero del 2019.

En consecuencia, se estima parcialmente el recurso, ordenando la retroacción

del procedimiento al momento de la valoración de la solvencia tomando como referencia el periodo establecido en el apartado anterior.

Resuelto el fondo del asunto no procede pronunciarse sobre la solicitud de suspensión del procedimiento de licitación.

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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de East West Productos Textiles, S.L. contra el Acuerdo del Pleno Municipal de 5 de octubre de 2022, por el que se le excluye del procedimiento de licitación, lote 2 del contrato de “Concesión de servicios para la recogida de residuos sólidos urbanos y otros residuos y la limpieza viaria, así como la recogida, transporte y gestión del aceite doméstico usado, del término municipal de Arganda del Rey” número de expediente 303/2021/27006, ordenando la retroacción del procedimiento de acuerdo con lo expuesto en el fundamento de derecho quinto.

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 multa 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 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.

De conformidad con el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.