

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

En Madrid, a 16 de enero de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don C.F.S., en nombre y representación de INFOBIBLIOTECAS, S.L., contra la Resolución de 12 de diciembre de 2012, del Órgano de Contratación de la Universidad Carlos III, por la que se excluye la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación "Acuerdo Marco para el suministro y gestión de monografías y material audiovisual que componen las colecciones de la biblioteca". Expte: 2012/0005069, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 29 de octubre de 2012, se publicó en el BOCM el anuncio de la convocatoria correspondiente al "Acuerdo Marco para el suministro y gestión de monografías y material audiovisual que componen las colecciones de la biblioteca" de la Universidad Carlos III de Madrid, con un valor estimado de 900.000 euros, IVA excluido, y un plazo de ejecución de 48 meses sin posibilidad de prórrogas.

A la licitación convocada se presentaron 22 empresas, entre ellas la

recurrente.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que para acreditar la solvencia económico financiera de los licitadores el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), establecía en el apartado 8.A del anexo I que la misma debería acreditarse en la forma establecida en el Apdo. b) del artículo 75 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, concretando que deberían presentarse: *“Las cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil o en el Registro oficial que corresponda. Los empresarios no obligados a presentar las cuentas en Registros oficiales podrán aportar, como medio alternativo de acreditación, los libros de contabilidad debidamente legalizados.*

Como mínimo exigible para participar en la licitación se deberá cumplir lo siguiente:

Cifra de fondos propios igual o superior a 30.000 €.

Cifra de negocios global del último ejercicio igual o superior a 100.000€”.

Con fecha 11 de diciembre se reunió la Mesa de contratación procediendo a la apertura de los sobres que contenían la documentación administrativa, detectándose que la cifra de fondos propios acreditada por la empresa recurrente era inferior a la exigida en los pliegos, por lo que en consecuencia la Mesa acuerda elevar al órgano de contratación la propuesta de exclusión de la indicada empresa del procedimiento de licitación.

Segundo.- Con fecha 12 de diciembre se dicta por el Rector de la Universidad Resolución de exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación. Dicha Resolución fue notificada a la recurrente el día 17 haciendo constar en la notificación las razones por las que no se había admitido su oferta.

Tercero.- Frente a dicha Resolución la empresa INFOBIBLIOTECAS, S.L., interpuso recurso especial en materia de contratación el 4 de enero de 2013 ante este

Tribunal, que requirió al órgano de contratación para que le remitiera el expediente de contratación y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP el mismo día 4 de enero, siendo atendido tal requerimiento el día 9 de enero de 2013.

La recurrente solicita que se anule y deje sin efecto el acto impugnado, y se dicte resolución en la que se tengan por cumplidos los requisitos de solvencia económica y financiera establecidos en el PCAP o en su caso la retroacción de las actuaciones para que por la Mesa de contratación se otorgue plazo para subsanar la falta de solvencia exigible. Para ello manifiesta que presentó una declaración señalando que la cifra de fondos propios y de negocio no era superior o igual a los importes fijados en los pliegos por haber participado en unión temporal de empresas en otros contratos, añadiendo que a la vista de tal declaración la Mesa de contratación debería haberla requerido para subsanar su solvencia económica y financiera, ya que de haberse hecho así hubiera podido acreditar que disponía de medios para la ejecución del contrato aportando un compromiso de colaboración con la empresa LTM Servicios Bibliotecarios, que aporta con el escrito de recurso, fechado el 23 de noviembre de 2012.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, señala que *“La referencia a la participación en unión temporal con otras empresas habría llevado a la Mesa a poder valorar su peso en el caso de la deficiencia hubiese sido en la solvencia técnica requerida o en la cifra de negocios, pero no en el caso de los fondos propios que no resultan directamente de dicha circunstancia, al menos en su totalidad”*, añade que *“de ninguno de los documentos aportados cabía deducir que la deficiencia apreciada (cifra muy inferior de fondos propios) pudiera subsanarla el licitador con medios externos; no es cierto, por tanto, que, como dice la recurrente en su escrito de recurso, “deja entrever” que “sí puede integrar dicha solvencia con la de otras entidades”, pues la simple referencia a la pasada participación en uniones temporales no permite “entrever” que oferte (y pueda) hacer la integración con medios externos”*. Por otro lado, respecto

de la integración con medios externos de la solvencia económica y financiera, se argumenta que *“La fecha del compromiso con LTM Servicios Bibliotecarios, S.L. es de 23 de noviembre de 2012, anterior a la fecha de presentación de su oferta (26 de noviembre de 2012), por lo que, al menos podía, de no incluir dicho compromiso en la documentación administrativa presentada, haber hecho referencia a él como medio de cumplir la solvencia económica, en vez de alegar la participación en uniones temporales”*. Concluye el informe afirmando que *“En cualquier caso, la Universidad no tiene inconveniente alguno en aceptar nuevamente, a la empresa excluida, si estima ese Tribunal que debió conceder la oportunidad de subsanar la deficiencia apreciada”*.

Cuarto.- Con fecha 10 de enero de 2013, se concedió a los interesados en el procedimiento trámite de audiencia, habiendo presentado alegaciones la empresa Tatarana, S.L., en las que concluye *“Que el recurso especial interpuesto por INFOBIBLIOTECAS, S.L., no aporta argumento ni prueba, que demuestre el cumplimiento de la condición por la que ha sido excluido, que no es otra que el incumplimiento de la cifra de fondos propios de 30.000 €”*.

También se presentan alegaciones el día 15 de enero de 2013, por la empresa TROA, que respecto de la alegación de la recurrente relativa a su participación en UTE en diversos suministros, manifiesta que en el caso de que así fuera debería haberse hecho constar en los términos del artículo 48 de la Ley 30/2007, (referencia que debe entenderse hecha al artículo 59 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), añadiendo que de ser ciertas tales participaciones, deberían haber contribuido precisamente al cumplimiento del requisito de contar con la mínima cifra de negocios y fondos propios exigible. Además señala que a la vista de la documentación presentada por la recurrente se desprende que aquélla no contaba con personal, ni fijo, ni temporal en los dos ejercicios reflejados en sus cuentas. Asimismo se cuestiona la autenticidad del documento fechado el 23 de noviembre de 2012, en tanto está firmado por una sola

persona, lo que *“parece tener por respuesta el hecho de que sea un documento antedatado y elaborado expresamente para poder recurrir”*. Termina poniendo de manifiesto una serie de irregularidades en suministros que la recurrente afirma haber realizado, destacando en concreto la afirmación de ser adjudicataria de un contrato en la Comunidad de Madrid que ha quedado desierto, aportando documentación para acreditar tal extremo. Por lo anterior solicita no solo que se desestime el recurso interpuesto por INFOBIBLIOTECAS, sino que inste al órgano de contratación la declaración de prohibición de contratar por hallarse incurso en la causa 60.1e) del TRLCSP.

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 del 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 remitido la notificación de la Resolución de exclusión del contrato el día 17 de diciembre de 2012, y siendo interpuesto el recurso el día 4 de 2013, el mismo se presentó en plazo.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra la Resolución de exclusión de un Acuerdo marco correspondiente a un contrato de suministros, con un valor estimado de 900.000 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 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 al entender que cumplía con los requisitos de solvencia económica y financiera exigidos cuya falta de acreditación en su caso debería haber dado lugar a un requerimiento de subsanación por la Mesa de Contratación.

Como es sabido, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas constituyen la ley del contrato, de manera que tanto los licitadores y contratistas como los órganos de contratación deben atenerse a sus cláusulas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 115 del TRLCSP y constante jurisprudencia.

En este caso el PCAP, que no fue impugnado por la recurrente, exigía como medio de acreditación de la solvencia económica y financiera, en los términos del artículo 75.b) del TRLCSP, la aportación de las cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil o libros de contabilidad debidamente legalizados de los que resultara una cifra de fondos propios igual o superior a 30.000 euros y una cifra de negocios global del último ejercicio igual o superior a 100.000 euros, requisitos que no cumple la recurrente de forma evidente por lo que respecta al primero de los parámetros indicados, como la misma reconoce en la declaración que acompaña a la oferta, al tener una cifra de fondos propios de 19.882,42 euros para el ejercicio 2011.

Sentado lo anterior, cabe hacer las siguientes consideraciones: aduce la recurrente y así lo hace constar en la declaración que acompaña a la oferta, que no alcanza la cifra de fondos propios y de negocios exigidos en el PCAP debido a su

participación junto con otras empresas en calidad de unión temporal de empresas en la adjudicación y ejecución de diferentes concursos. Ello en modo alguno permite entender como se pretende, que en el presente caso acuda a la licitación en UTE puesto que el necesario compromiso de concurrir en UTE debe constar en la oferta. Además si bien la ejecución de contratos en UTE con otras empresas, podría explicar que la cifra de negocios fuera inferior, lo que no ocurre en el presente caso, lo cierto es que, como se indica en el informe preceptivo del órgano de contratación, en nada afectaría a la cifra de fondos propios de la empresa.

En cuanto a la posibilidad de completar la solvencia con medios de otras empresas invocada por la recurrente, el artículo 47 de la Directiva 2004/18, establece en cuanto a la capacidad económica y financiera de los operadores económicos la posibilidad de que la misma se integre con medios externos, en los siguientes términos: *“En su caso, y para un contrato determinado, el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto”*.

Por su parte el artículo 63 del TRLCSP recogiendo el precepto anteriormente citado, bajo la rúbrica “Integración de la solvencia con medios externos”, establece que *“Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse 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”*, precepto que, con carácter general, debe entenderse referido tanto a la solvencia económica y financiera, como a la solvencia técnica, ya que el indicado precepto no distingue, y el artículo inmediatamente anterior correspondiente a la misma sección, regula la exigencia de ambos tipos de solvencia. Respecto de esta última afirmación cabe matizar que no todos los requisitos relativos a la

solvencia económica y financiera pueden ser integrados mediante medios de otra empresa, en tanto en cuanto se refieren a aspectos unidos a la aptitud de las licitadoras, no sustituibles por medios externos, que en todo caso cabría ponderar al caso concreto. En este sentido cabe invocar el informe 45/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCE, traído a colación asimismo por el Informe 6/2012, de 21 de diciembre, de la JCCACM, e incluso el la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 29/2008, de 10 de diciembre *“hay que admitir que es difícil imaginar la integración con medios externos en los supuestos del artículo 47.1 párrafos a) y b) de la Directiva, traspuestos al ordenamiento jurídico español en el artículo 64.1 LCSP apartados a) y b) que se refieren a la acreditación de solvencia mediante la aportación de declaraciones de entidades financieras, justificantes de la existencia de seguro profesional, presentación de cuenta anuales o de libros de contabilidad”*.

Corresponde por tanto a cada licitador en caso de que se pretenda integrar tal solvencia aportar los documentos acreditativos de los contratos, acuerdos, convenios o cualquier otra operación que permita la comprobación de que dispone de los medios de otra empresa y por ende tener por suficiente la solvencia económica exigida. Dicho requisito no fue probado, ni siquiera invocada la forma en que se acreditaría, en el momento procedimental oportuno con la presentación de la documentación administrativa. Por otro lado, tampoco puede sostenerse en sede de recurso que la intención de la empresa era completar su solvencia con medios de otra empresa, acompañando al recurso para ello, un documento que no se aportó en el procedimiento de licitación y que según su fecha, (24 de noviembre de 2012), ya existía en el momento de presentar la documentación el día 26, debiendo en todo caso la recurrente pechar con la carga de la falta de alegación de tal circunstancia, sin que tampoco se hiciera la más mínima mención al mismo, como decimos, como hubiera sido exigible a un empresario prudente.

A ello cabe añadir, respecto de la aducida obligación de subsanación, que si bien es cierto que el artículo 81.2 del Reglamento de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2011 de 12 de octubre, prevé la subsanación de la documentación presentada que contuviera defectos u omisiones, en el presente caso tal y como venimos diciendo, de la documentación aportada por la recurrente no se aprecia la existencia de un defecto subsanable, sino tan solo el incumplimiento de las condiciones de solvencia exigidas por el PPT. A este respecto cabe recordar la reiterada doctrina de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa del Estado y de la Comunidad de Madrid manteniendo el criterio de considerar insubsanables los defectos consistentes en la falta de requisitos exigidos y subsanables aquellos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (Informe 9/06, de 24 de marzo de 2006; Informe 36/04, de 7 de junio de 2004; Informe 27/04, de 7 de junio de 2004; Informe 6/00, de 11 de abril de 2000; Informe 48/02, de 28 de febrero de 2003; Informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, de la JCCE entre otros, y Recomendación 2/2002, de 5 de junio, sobre el funcionamiento de las Mesas de contratación y en los Informes 4/2007, de 31 de mayo, y 2/2012, de 22 de febrero de la JCCACM.

Resulta de interés especial lo señalado en el Informe 18/10, de 24 de noviembre, de la JCCE: *“el criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable”*.

En este caso, nada podía hacer pensar a la Mesa de contratación que la intención de la recurrente podría ser, como se aduce, la de integrar su solvencia con medios de otra empresa, de manera que este Tribunal considera que no es que la oferta de la recurrente contuviera defectos susceptibles de subsanación, sino que evidenciaba el incumplimiento de las condiciones de solvencia exigidas en los

pliegos, por lo que su decisión de proponer la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación, es conforme a derecho.

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. 4 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 Don C.F.S., en nombre y representación de INFOBIBLIOTECAS, S.L., contra la Resolución de 12 de diciembre de 2012, del Órgano de Contratación de la Universidad Carlos III, por la que se excluye la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación "Acuerdo Marco para el suministro y gestión de monografías y material audiovisual que componen las colecciones de la biblioteca". Expte: 2012/0005069.

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.