



Recurso nº 1150/2016 C.A. Principado de Asturias 71/2016

Resolución nº 55/2017

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 20 de enero de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.L.M., en nombre y representación de la Asociación Cultural y Deportiva Océano Atlántico, contra la resolución de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Gijón de fecha 11 de noviembre de 2016, por la que se la inadmite a la licitación del contrato de *“Servicios necesarios para la ejecución del proyecto 11x12, curso escolar 2016-2017 con criterios de adjudicación de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La licitación del contrato antes reseñado se publicó en el Boletín Oficial del Principado de Asturias el 12 de agosto de 2016. También se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 16 de agosto de 2016.

Segundo. A la mentada licitación concurren hasta 10 licitadores, entre ellos la recurrente.

Tercero. Tras la pertinente tramitación el 7 de septiembre de 2016 se reunió la mesa de contratación del Consistorio, quien tras proceder a la apertura y calificación de la documentación administrativa resolvió mediante su resolución de 9 de septiembre de 2016 que la asociación recurrente debía subsanar los siguientes aspectos de la documentación presentada:

“- Solvencia económica y financiera del empresario/s conforme se exige en el apartado 9º del Cuadro de Características Particulares.



- *Declaración responsable del licitador de aportar, una vez formalizado el contrato, ante el responsable del mismo, la documentación acreditativa del cumplimiento de las cláusulas sociales y/o medioambientales establecidas en el presente Cuadro de Características Particulares.*”

Cuarto. El 14 de septiembre de 2016 se vuelve a reunir la mesa de contratación y acuerda no admitir a la licitación a la recurrente *“por no haber presentado las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Oficial en el que deben estar depositadas.”* Esta decisión se anuncia mediante un documento de 27 de septiembre de 2016 que no consta notificado a la recurrente.

Quinto. El día 21 de octubre se reúne nuevamente la mesa y propone la adjudicación del contrato a las ofertas calificadas como las más ventajosas, requiriendo a los licitadores que las realizaron a que aportasen la documentación pertinente.

Sexto. El 11 de noviembre de 2016 la Alcaldía, como órgano de contratación, acuerda la adjudicación del contrato y no admitir a la licitación a la asociación recurrente. No consta notificación alguna a la misma en el expediente de contratación remitido a este Tribunal.

Séptimo. El 5 de diciembre de 2016 la asociación presenta ante el registro de este Tribunal un recurso especial en materia de contratación frente a la resolución de 11 de noviembre antes mencionada.

Octavo. Con fecha 15 de diciembre, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores a fin de que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones que tuvieran por conveniente, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite.

Noveno. Siendo el acto recurrido la exclusión notificada con la adjudicación del contrato se produce por ministerio de la ley la suspensión del procedimiento de contratación. El 22 de diciembre de 2016, la Secretaria del Tribunal, actuando por delegación del mismo, acuerda mantener la suspensión del expediente de contratación.



FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Se recurre la exclusión de un licitador concurrente en un contrato sujeto a regulación armonizada, acto que es susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 40 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). La competencia para resolver corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio de colaboración suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias el 3 de octubre de 2013, publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 28 de octubre de 2013 por Resolución de la Subsecretaría de 4 de octubre de 2013.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el TRLCSP.

Tercero. La legitimación activa de la recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP en su calidad de licitador excluido del procedimiento de contratación.

Cuarto. En el argumento de fondo contenido en este recurso se denuncia que la asociación recurrente ha sido indebidamente inadmitida a la licitación. Recuerda el recurso que una asociación que no ha sido declarada de utilidad pública no tiene obligación de depositar sus cuentas anuales ni en el Registro Mercantil ni en ningún otro registro público. Ante esta circunstancia el órgano de contratación debió aceptar la documentación acreditativa de su cifra de negocio en sustitución de la que expresamente exigía el Pliego de condiciones. En mérito a esta circunstancia solicita la anulación del punto segundo de la resolución recurrida, admitiéndola a la licitación y ordenando la retroacción del procedimiento a fin de que se pueda valorar la oferta presentada y determinar si la puntuación obtenida, de acuerdo con los criterios aplicados, supera o no, a la Entidad adjudicataria, con los efectos que de ello se puedan derivar, incluso, la adjudicación del contrato.

El órgano de contratación se opone al recurso señalando que el pliego es claro a la hora de establecer las condiciones de acreditación de la solvencia, condiciones que objetivamente



no se han cumplido. Añade además que tampoco consta la aportación de las cuentas anuales de la asociación recurrente debidamente aprobadas por la Asamblea General, lo que sí constituiría a su juicio una obligación legal, y que, por otro lado, existe la posibilidad de depositar las cuentas en el Registro Mercantil por lo que las asociaciones que no estuviesen obligadas a hacerlo deberían hacerlo si quieren concurrir a una licitación pública.

Quinto. Para dar una solución a la cuestión que se plantea en el presente recurso debemos analizar primeramente la normativa aplicable al caso, tanto en lo que hace a la acreditación de la solvencia económica como en lo que se refiere a la publicidad de las cuentas de las asociaciones.

1.- Medios de acreditación de la solvencia económica. Señala el artículo 62 del TRLCSP en relación con la exigencia de solvencia lo siguiente:

“1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.

2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.”

El artículo 74 de la ley alude a los medios de acreditar la solvencia señalando que la solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79. Es el primero de ellos el que alude de modo específico a la acreditación de la solvencia económica y financiera del siguiente modo:

“1. La solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:



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.*

(...)

2. *La acreditación documental de la suficiencia de la solvencia económica y financiera del empresario se efectuará mediante la aportación de los certificados y documentos que para cada caso se determinen reglamentariamente. En todo caso, la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas de las Administraciones Públicas acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de solvencia económica y financiera del empresario.*

3. *En el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia económica y financiera de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa del importe mínimo, expresado en euros, de cada uno de ellos. En su defecto, la acreditación de la solvencia económica y financiera se efectuará según lo dispuesto a tales efectos en el apartado 1 del artículo 65 de la Ley.”*

De este precepto podemos extraer una serie de conclusiones preliminares sobre su contenido y sobre la forma en que debe aplicarse el mandato que alianza:

1. El precepto deja claro que los medios para la acreditación de la solvencia económica son precisamente los que en él se mencionan y no otros.
2. Existe una remisión reglamentaria en punto a la determinación de los certificados y documentos que conllevan la acreditación documental de la suficiencia de la solvencia económica y financiera del empresario.
3. Tal remisión es ahora unívoca y excluyente toda vez que la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, ha suprimido de este precepto el párrafo que señalaba



que si, por una razón justificada, el empresario no estaba en condiciones de presentar las referencias solicitadas, se le autorizaría a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano de contratación.

El precepto reglamentario al que se remite la ley es el artículo 11.4 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que señala lo siguiente:

“Para 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 los licitadores o candidatos que no dispongan de la clasificación que en su caso corresponda al contrato acreditarán su solvencia económica y financiera, técnica y profesional por los siguientes criterios, requisitos mínimos y medios de acreditación:

a) El criterio para la acreditación de la solvencia económica y financiera será el volumen anual de negocios del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año.

El volumen anual de negocios del licitador o candidato se acreditará por medio de sus cuentas anuales 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. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil. (...)

El anterior precepto establece la posibilidad de que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares prevea una regla específica que determine cómo se acredita la solvencia económica y financiera. En el cuadro de características anejo al modelo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación que estamos analizando se señala en relación con la acreditación de la solvencia económica que “*deberá acreditarse*



mediante el volumen anual de negocios del licitador o candidato que, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos, deberá ser al menos la cantidad que se establezca como nivel mínimo (...) El volumen anual de negocios del licitador o candidato se acreditará por medio de sus cuentas anuales, 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 debe estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.” De esta cláusula se deduce en primer lugar que el pliego ha optado por una cuantía global de negocio anual diferente a la que establece el Reglamento pero que ha imitado fielmente el contenido del mismo en lo que hace a los medios de acreditación de la solvencia. Por lo tanto, se establecen tres fórmulas diferentes para proceder a la meritada prueba:

1. Mediante la aportación de las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, en casos de personas que deban constar inscritas en dicho registro o que consten inscritas voluntariamente en él.
2. Mediante la aportación de las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro que en cada caso corresponda, en el caso de personas que deban constar inscritas en otro registro diferente.
3. Mediante los libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil en el caso de los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil.

2.- Obligaciones de las asociaciones. La Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación regula en su artículo 14 las obligaciones documentales y contables de las asociaciones. Señala el citado precepto lo siguiente:

“1. Las asociaciones han de disponer de una relación actualizada de sus asociados, llevar una contabilidad que permita obtener la imagen fiel del patrimonio, del resultado y de la situación financiera de la entidad, así como las actividades realizadas, efectuar un inventario de sus bienes y recoger en un libro las actas de las reuniones de sus órganos de gobierno y representación. Deberán llevar su contabilidad conforme a las normas específicas que les resulten de aplicación.



2. Los asociados podrán acceder a toda la documentación- que se relaciona en el apartado anterior, a través de los órganos de representación, en los términos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

3. Las cuentas de la asociación se aprobarán anualmente por la Asamblea General.”

Por su parte, el artículo 28 de la misma ley alude a los actos inscribibles en el Registro de asociaciones y al depósito de documentación estableciendo los asientos obligatorios en la inscripción de las asociaciones y la documentación que necesariamente deberá estar depositada en los Registros. En ningún caso se contempla la necesidad de inscribir o depositar las cuentas anuales de la asociación. Por el contrario, tal circunstancia sí que acontece en el caso de las asociaciones de utilidad pública a que alude al artículo 34.1 de la ley.

Sexto. Sentado todo el marco normativo aplicable al caso podemos resolver la controversia jurídica surgida entre las partes atendiendo a la documentación acreditativa de la solvencia que ha presentado el licitador. Pues bien, dicha documentación obrante en el expediente (documento 10 del enviado a este Tribunal) consiste en las liquidaciones tributarias del Impuesto de sociedades correspondiente a los años 2013 (páginas 30 a 45), a 2014 (páginas 46 a 54) y a 2015 (páginas 55 a 64). Ni antes del requerimiento de subsanación a que se alude en el hecho tercero de esta resolución ni tampoco después se observan las cuentas anuales a que alude la asociación recurrente en la página 1 de su recurso.

Ante esta circunstancia este Tribunal debe decidir si las liquidaciones tributarias aportadas pueden servir de prueba suficiente para acreditar el volumen de negocios de la entidad y dar así por cumplido el requisito de la solvencia económica.

Para ello es menester partir de la consideración de que uno de los principios fundamentales de la contratación pública europea y española es el principio de concurrencia. Tal principio obliga a facilitar las condiciones necesarias para que todos los licitadores que cumplan las condiciones necesarias para ejecutar el contrato puedan acceder a la licitación. Ahora bien, tal principio no tiene un carácter absoluto porque ello implicaría una patente merma de la seguridad jurídica que el legislador trata de conseguir para las entidades contratantes a lo largo de todo el articulado de la ley. Por tanto, debe



existir un justo equilibrio entre estos dos principios esenciales de la legislación de contratos: concurrencia y seguridad jurídica.

No cabe duda de que el legislador ha establecido en la propia ley ciertas normas que aquilatan la interpretación exagerada del principio de concurrencia en aras a garantizar una solvente capacitación económica de los licitadores. Tal es el caso, a nuestro juicio, de la evolución normativa experimentada por el artículo 75 de la ley, precepto que en un primer momento admitía que el órgano de contratación valorase otros medios sustitutivos para la acreditación de la solvencia en casos especiales. Bajo la vigencia de aquella norma probablemente hubiera sido posible alcanzar una solución similar a la que llegó, en su día, nuestro homólogo de la Comunidad de Madrid en su Resolución 76/2013, citada por la recurrente. Sin embargo, cuando el legislador deroga de manera expresa la posibilidad de sustituir los documentos solicitados en el pliego por cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano de contratación, está haciendo una clara manifestación tendente a restringir la posibilidad de acreditar la solvencia con otros medios alternativos, como podrían ser las liquidaciones tributarias que ha presentado en dos ocasiones la recurrente.

En este sentido, si la asociación recurrente hubiera presentado sus cuentas anuales debidamente aprobadas posiblemente habría sido oportuno admitir su hipótesis, ya que el Tribunal entiende que el legislador no ha previsto expresamente el caso de personas jurídicas que no están obligadas a depositar sus cuentas anuales en ningún registro específico –ya hemos visto que es el caso-. En este sentido, a los meros efectos dialécticos entiende este Tribunal que donde la ley aplicable no establece una obligación de depósito de las cuentas anuales, con el cualificado efecto jurídico que el depósito tiene a estos efectos y que ya han reconocido nuestras resoluciones 466 y 747 de 2016, no puede ningún órgano de contratación exigir este requisito *ex novo* para contratar con una entidad del sector público, máxime cuando el legislador no ha mencionado el caso de manera expresa. En este supuesto hipotético si el ordenamiento aplicable a las asociaciones no exige depósito en el Registro de Asociaciones (como tampoco en el Registro Mercantil) no tendría sentido extender la aplicación de una norma restrictiva a entidades jurídicas que no están obligadas a cumplir las mismas condiciones que otras personas jurídicas sí estén obligadas a depositar sus cuentas en algún registro público.



Obviamente en este supuesto hipotético sí que sería en todo caso necesario, a juicio de este Tribunal, que se hubieran presentado las cuentas anuales debidamente aprobadas, pues este requisito sí que es exigido cristalinamente por la legislación aplicable, como ya hemos visto.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, que constituye un razonamiento hipotético no aplicable a este caso, la ausencia de las cuentas anuales debidamente aprobadas implica la desestimación del presente recurso en la medida en que la asociación recurrente no ha acreditado ante el órgano de contratación la concurrencia de los requisitos de solvencia exigidos en el pliego de condiciones. Tal circunstancia supone la falta de prueba de uno de los requisitos esenciales de la contratación, ausencia que implica la exclusión del procedimiento, medida que fue la que correctamente adoptó el órgano de contratación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. M.L.M., en nombre y representación de la Asociación Cultural y Deportiva Océano Atlántico, contra la resolución de la Resolución de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Gijón de fecha 11 de noviembre de 2016, por la que se la excluye de la licitación del contrato de *“Servicios necesarios para la ejecución del proyecto 11x12, curso escolar 2016-2017 con criterios de adjudicación de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”* y, en consecuencia, confirmar la resolución recurrida.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero. 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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.