



Recurso nº 1288/2018

Resolución nº 46/2019

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

En Madrid, a 24 de enero de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D.F.M.H. en representación de la entidad PLATAFORMA FEMAR, S.L contra la Resolución de 6 de noviembre de 2018 de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo por la que se acuerda la adjudicación de los distintos lotes del expediente 2018/00012, para el *“Suministro de Materias Primas para la alimentación de los internos de los centros penitenciarios de Ávila, Segovia, Madrid I, Madrid II, Madrid IV y Madrid V, Expte. 2018/00012”* en lo que se refiere al lote nº 19 del mismo, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio de licitación publicado en el DOUE el 24 de julio de 2018 y en el BOE el 23 de julio de 2018, así como en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se convocó por parte de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo (en adelante TPFE) la licitación del contrato de Suministro de Materias Primas para la alimentación de los internos en los centros penitenciarios de Ávila, Segovia, Madrid I, Madrid II, Madrid IV y Madrid V, compuesto de 22 lotes, mediante el procedimiento abierto.

El valor estimado del contrato es de 7.248 894.16 EUR.

Segundo.- Como hitos del procedimiento de licitación son de destacar los siguientes:

- 1) En el referido procedimiento, presentaron oferta al Lote 19 las empresas PLATAFORMA FEMAR, S.L y V.B.A.
- 2) Con fecha de 5 de octubre de 2018 se requiere a la empresa V.B.A. para que presente la documentación previa a la adjudicación como empresa propuesta en el Lote 19 del citado expediente.
- 3) Aportada dicha documentación, en sesiones de 24 y 5 de octubre se requiere nuevamente por el órgano de contratación a la adjudicataria a fin de que aporte relación de los



principales suministros realizados, en el curso de, como máximo, los tres últimos años, a fin de acreditar su solvencia técnica.

- 4) Cumplimentado el segundo requerimiento de documentación, se dicta por TPFE resolución el 6 de noviembre de 2018 en la que se designa como empresa adjudicataria del Lote 19 del contrato a V.B.A.

Tercero.- Notificada la Resolución de adjudicación por el órgano de contratación a la empresa PLATAFORMA FEMAR, S.L se presentó contra él, recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Cuarto.- En el escrito de recurso entiende la empresa recurrente que V.B.A. (adjudicataria) no cumple con las condiciones de solvencia económica y financiera y técnica que se exigen en los Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares (en adelante PCAP) por las razones que a continuación se exponen:

- 1) Los datos de solvencia y habilitación empresarial que presenta la adjudicataria, no corresponden a su empresa, sino a otra, -la de su padre-, de la que la adjudicataria, sin serlo en el momento de presentación de la oferta, pretende ser continuadora.
- 2) Que la solvencia económica y financiera no ha sido acreditada en el modo exigido en los PCAP.
- 3) Que la solvencia técnica tampoco ha sido acreditada en el modo exigido en los PCAP.

Quinto.- En fecha 13 de diciembre de 2018, la Secretaria del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho. En fecha 20 de diciembre de 2018, se presentan alegaciones por V.B.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial en materia de contratación, a tenor de lo establecido en el artículo 45 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).



Segundo. En aplicación del artículo 48 de la LCSP ha de entenderse que la recurrente ostenta legitimación activa para la interposición del recurso.

Tercero. Se recurre la adjudicación del Lote 19 en la licitación del contrato de Suministro de Materias Primas para la alimentación de los internos en los centros penitenciarios de Ávila, Segovia, Madrid I, Madrid II, Madrid IV y Madrid V en el expediente 2018/00012.

Cuarto. Se han cumplido las prescripciones del plazo y lugar de presentación del escrito de interposición, establecidas en el artículo 50 de la LCSP.

Quinto. Entrando en las alegaciones hechas en contra la Resolución de Adjudicación, como está dicho, el recurrente basa su argumentación principal en que los datos sobre solvencia que presenta la adjudicataria, no se corresponden a su propia empresa sino a la de su padre, de la que pretende ser sucesora.

A este respecto cabe señalar que en la documentación presentada por la adjudicataria con carácter previo a la adjudicación a requerimiento del órgano de contratación conforme al art. 150. 2 de la LCSP, se puede comprobar que la Entidad TPFE tuvo conocimiento del fallecimiento del titular de la empresa en fechas muy próximas a la finalización del plazo para presentar las ofertas, puesto que en el ejercicio 2018, dicha empresa estaba prestando el suministro de un producto idéntico (pescado congelado) como adjudicataria en el expediente 2017/00018 (Lote 19) y la ejecución del mismo se ha continuado por la empresa V.B.A., sin solución de continuidad y como sucesora de la actividad. Asimismo la Asociación de Empresarios Detallistas de Pescados y Productos Congelados de la Comunidad Autónoma de Madrid, ADEPESCA, certifica que no ha habido cese de actividad en la empresa sino que alta de V.B.A. se produjo sin solución de continuidad al día siguiente del fallecimiento de su padre J.L.B.G. Finalmente, V.B.A. ha solicitado a los servicios de Salud Pública Área VIII (Sanidad) el cambio de titularidad de la actividad pero continuando con los números de registro sanitario que tenía el anterior titular.

Esta documentación acredita que V.B.A. ha venido a suceder en la actividad de suministro de pescados congelados que con anterioridad a su fallecimiento realizaba su padre, J.L.B.G., quien había venido participando sucesivamente desde hace más de 20 años en los expedientes de contratación convocados



por la Entidad TPFE. Es precisamente esta sucesión en la actividad lo que permite a V.B.A. acreditar los requisitos de solvencia económica y técnica con base en los datos e información de la empresa que con anterioridad gestionaba su padre como empresario individual. En definitiva, no se aceptan las alegaciones de la recurrente que niegan la condición de sucesora en la actividad de suministro de pescados congelados a V.B.A. y, por tanto, la consideran como un nuevo licitador que ha de acreditar los requisitos de solvencia económica y técnica con base a una actividad propia e individual que no había realizado, puesto que la misma era desempeñada con su padre.

A este respecto, y como criterio interpretativo de la conclusión anterior, ha de señalarse, que la LCSP prevé la posibilidad de acreditar la solvencia del empresario por medios externos.

Así el art. 86. 1 de la LCSP, en su párrafo tercero, establece: *“Cuando por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.”*

En este sentido, resulta de obligada cita la Resolución del TARC nº 152/2013, de 18 de abril, en la que se afirma:

“La posibilidad de acreditar la solvencia exigida para la celebración de un contrato mediante las condiciones de solvencia y medios de otra entidades es una posibilidad resultante de una novedosa construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, elaborada a través de las sentencias de 14 de abril de 1994 y 18 de diciembre de 1997 (asuntos C-389/92 y C-5/97, Ballast Nedam Groep NV), sentencia de 2 de diciembre de 1999 (Asunto C-176/98, Holst Italia) y 18 de marzo de 2004 (Siemens AG). Esta doctrina jurisprudencial ha sido recogida en la Directiva 2004/18/CE, cuyo artículo 47.2 recoge la posibilidad de acreditación de la solvencia económica y financiera por medios externos y cuyo art. 48.3 recoge la posibilidad de acreditación de la solvencia técnica y profesional por estos medios.

El artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que las directivas obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios. En el caso de la Directiva 2004/18/CE, la trasposición se lleva a cabo mediante la promulgación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.



El art. 63 TRLCSP recoge el principio general establecido en los artículos mencionados más arriba, desarrollándose en los artículos 76 y siguientes del TRLCSP para cada modalidad contractual. Por ello, a la vista de lo expuesto y del tenor literal del art. 47.2 de la Directiva 2004/18/CE, parece que la interpretación que ha de darse al artículo 63 TRLCSP es que el mismo permite la acreditación de la solvencia económica y financiera de la licitadora mediante medios externos, debiendo interpretarse la ausencia de referencia en el art. 75 del TRLCSP en el sentido de que no existe una limitación a la forma en que aquella acreditación podrá llevarse a cabo, siempre de conformidad con lo que el órgano de contratación haya establecido en los pliegos aceptados por el licitador.

Ahora bien, la correcta interpretación del art. 63 exige reconocer que es imprescindible para acreditar la solvencia económica la existencia de una prueba efectiva de que se dispone de esos medios.”

En conclusión, este tribunal considera, en primer término, que acreditada la sucesión empresarial de V.B.A. en la actividad que con anterioridad realizaba su padre para el suministro de pescados congelados, los requisitos de solvencia económica y técnica pueden, sin duda, demostrarse con datos e información de la empresa que gestionaba su padre con anterioridad. Ello es así, puesto que la sucesión empresarial no comporta la existencia de un nuevo empresario licitador, sino que V.B.A. se subroga en la posición que con anterioridad ostentaba su padre en la empresa PESCADOS BLAS aunque lo sean a título de empresario individual.

Subsidiariamente, y conforme a la doctrina anteriormente citada del antiguo art. 63 del TRLCS, hoy art. 86 de la LCSP, sería plenamente admisible que V.B.A. pudiera acreditar los requisitos de solvencia económica y técnica con datos procedentes de la actividad que venía desarrollando su padre (considerados medios externos), habida cuenta del vínculo familiar existente entre ambos empresarios individuales y que la actividad de suministro de pescado congelado ha continuado realizándose por la nueva empresaria individual sin solución de continuidad desde el fallecimiento de su padre.

Sexto.- Expuesto lo anterior, quedarían por analizar los motivos del recurso que denuncian que la solvencia económica y técnica no han sido acreditados en el modo que se indica en los PCAP.



En relación a la solvencia técnica de la adjudicataria, el PCAP en su Anexo 1, punto 7.2, apartado 2, establece: *“Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados de buena ejecución expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público ; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado de buena ejecución expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente. El requisito mínimo será que el importe anual en el año de mayor ejecución sea igual o superior a: (...) Lote 19: 554.410,28.”*

Consta en el expediente de contratación que, en respuesta al requerimiento de subsanación efectuado por el órgano de contratación, la empresa adjudicataria aportó una relación de los principales suministros efectuados en los años 2015, 2016 y 2017 a entidades públicas y privadas de los que se desprende que en los años 2015 y 2017 superaron ampliamente el límite de 554.410, 28 euros de ejecución de suministros de pescados congelados tanto a entidades del sector público como del sector privado.

En el presente caso aunque, como indica el recurrente, no se aportaron certificados de buena ejecución por las entidades del sector público, de la relación de principales suministros se desprende que la mayor parte de los suministros ejecutados para entidades del sector público lo fueron para la Entidad TPFE superando el límite mínimo establecido en los PCAP en el año 2015 y, además los contratos ejecutados para entidades privadas quedan suficientemente justificadas con la relación de principales suministros aportadas por la adjudicataria conforme al criterio fijado en los PCAP. En consecuencia, este tribunal entiende que la solvencia técnica de la adjudicataria si ha sido acreditada en la forma establecida en los pliegos.

Distinta conclusión alcanza este tribunal respecto a la acreditación de la solvencia económico y financiera. Así, el PCAP en su Anexo 1, punto 7.1, apartado 2, establece: *“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 estuviese inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba ser 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”*



Pues bien, entre la documentación aportada por la adjudicataria en respuesta al requerimiento previo a la adjudicación el 5 de octubre de 2015 se aportó como documento acreditativo de solvencia económica y financiera una simple declaración y certificación de la empresa adjudicataria del volumen de anual de negocios en los años 2015 a 2017 acompañado de la cuenta de pérdidas y ganancias referidas a dichos ejercicios. Por tanto, en este punto coincidimos con las alegaciones del recurrente cuando afirma que la solvencia económica y financiera de la adjudicataria no ha sido acreditada en la forma que establecen lo PCAP, ya que el órgano de contratación debiera haber requerido a la empresa propuesta para la adjudicación a fin de que subsanara este extremo y aportase los libros con las cuentas anuales de pérdidas y ganancias legalizados por el Registro Mercantil de los ejercicios 2015 a 2017 en los que constase, al menos en uno de ellos, un volumen anual de 1.188.022,04 euros.

Lo anterior determina, que deba estimarse en parte el recurso planteado, anulando la adjudicación con retroacción del expediente de contratación, a fin de que por el órgano de contratación se requiera de subsanación a la adjudicataria a fin de que aporte la documentación exigida en el PCAP para acreditar su solvencia económico y financiera con la advertencia de que en caso de no aportarla, se procederá a adjudicar el contrato al licitador siguiente que figure en la valoración de las ofertas presentadas.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar en parte el recurso interpuesto por D.F.M.H. en representación de la entidad PLATAFORMA FEMAR, S.L contra la Resolución de 6 de noviembre de 2018 de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo por la que se acuerda la adjudicación de los distintos lotes del expediente 2018/00012, para el “*Suministro de Materias Primas para la alimentación de los internos de los centros penitenciarios de Ávila, Segovia, Madrid I, Madrid II, Madrid IV y Madrid V*”, anulando dicha resolución en lo que se refiere al Lote 19, y acordando la retroacción del procedimiento de licitación al momento anterior a la adjudicación, a fin de que, por el órgano de contratación se requiera a la adjudicataria a fin de que subsane la documentación presentada como consecuencia del



requerimiento previo a la adjudicación en los términos indicados en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución, con la advertencia de que en caso contrario se adjudicará dicho Lote en favor del licitador siguiente en la valoración que cumpla con los requisitos establecidos en los pliegos rectores de la licitación.

Segundo.- Levantar la suspensión del pordimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58.3 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.