



Recurso nº 336/2012

Resolución nº 34/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 23 de enero de 2013.

VISTA la reclamación interpuesta por Don L. F., en representación de la entidad CEGELEC, S.A., contra su exclusión en la licitación convocada por la EMPRESA NACIONAL DE RESIDUOS RADIOACTIVOS, S.A. (en adelante, ENRESA) para la contratación del *“Servicio de mantenimiento eléctrico e instrumentación necesario para el desmantelamiento y clausura de la central nuclear José Cabrera”*, (expediente 060-CO-OE-2012-0013), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por parte de ENRESA se convocó mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Estado y en el DOUE los días 3 y 4 de octubre de 2012 respectivamente, licitación para contratar, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, la prestación del servicio de mantenimiento eléctrico e instrumentación necesario para el desmantelamiento y clausura de la central nuclear “José Cabrera”, con un valor estimado de 612.000 euros. A la licitación de referencia se presentaron cinco empresas, entre ellas la que ahora recurre.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y en sus disposiciones de desarrollo.

Tercero. El 23 de noviembre, se reúne la mesa de contratación para calificar la documentación administrativa presentada por los licitadores en el sobre nº 1, según lo exigido en el pliego de condiciones administrativas (PCAP). Se acuerda excluir a uno de



los licitadores y dar un plazo de tres días para subsanar las diversas deficiencias o errores apreciados en el resto. A CEGELEC se le requiere para que, entre otros extremos, aporte *“Prueba documental que demuestre que la empresa no se halla en causa de disolución. Debiendo aclarar el estado económico actual de la empresa, así como la prueba de recapitalización de la misma”*.

Cuarto. En la sesión de la mesa del 3 de diciembre, una vez cumplido el plazo de subsanación, se constata que la recurrente aporta toda la documentación solicitada salvo la de no hallarse en causa de disolución. Respecto a ésta cuestión, en el escrito de remisión de 27 de noviembre, indica que *“les informamos de que se están llevando a cabo las acciones necesarias para que la situación sea solventada de manera efectiva antes de finalizar el presente ejercicio 2012, permitiendo recapitalizar la compañía y continuar con el desarrollo normal de nuestra actividad”*, y acompaña el documento de apoyo financiero de otra empresa del grupo, de fecha 5 de julio de 2012, ya incluido en sobre nº 1.

El 5 de diciembre se notifica a CEGELEC su exclusión por el motivo de: *“Hallarse en causa de disolución según las cuentas anuales aportadas al 31 de diciembre de 2011. Y no haber presentado documentación justificativa de haber adoptado medidas para restablecer el equilibrio patrimonial, ya que lo único que aporta es apoyo financiero de una empresa del grupo, no del accionista principal, para un periodo de un año, siendo la vigencia del contrato para cuatro años. Por lo anteriormente expuesto, la Mesa de Contratación se ve en la obligación de rechazar su oferta por no acreditar suficientemente los criterios de solvencia económica y financiera contemplados en el PCAP.”*

Quinto. Previo anuncio del 21 de diciembre de 2012 a la entidad contratante, el 26 de diciembre se recibe en el registro de este Tribunal escrito de interposición de recurso de CEGELEC contra el acuerdo citado. Solicita que se anule su exclusión y se acuerde su participación en los sucesivos trámites del proceso de contratación.

Sexto. El 28 de diciembre se remitió a este Tribunal el expediente de contratación, junto con el informe de ENRESA que considera que el recurso debe ser desestimado. La Secretaría del Tribunal, el 10 de enero de 2013, dio traslado del recurso a las restantes

empresas licitadoras para que pudieran formular alegaciones, sin que ninguna lo haya hecho en el plazo habilitado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.5 del TRLCSP, habida cuenta de que el órgano de contratación es un poder adjudicador que no ostenta la condición de Administración Pública y está integrado en el sector público estatal.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, pues CEGELEC concurrió a la licitación y tiene por tanto el interés legítimo requerido por el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El acto impugnado formalmente es el acuerdo notificado el 5 de diciembre de 2012, por el que se excluye la oferta de la recurrente en la licitación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP.

Cuarto. Se han cumplido los requisitos formales y de plazo para el recurso previstos en el artículo 44 del TRLCSP.

Quinto. La recurrente considera que la solvencia económica y financiera, la acreditó mediante la presentación de la documentación requerida en el PCAP: seguro por riesgos profesionales por importe del doble de lo exigido; declaración de volumen de negocio muy por encima también del mínimo señalado en el PCAP y cuentas anuales auditadas de 2011. Entiende por ello que *“la motivación sostenida por el Órgano de Contratación relativa a hallarse esta entidad en causa de disolución, carece de consistencia por sí misma”*, puesto que, *“no resulta jurídicamente exigible que el órgano de contratación interese requisitos de solvencia adicionales a aquéllos previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas, por ser éste el que especifica y concretamente determina, junto al anuncio de licitación, los medios precisos para acreditar la solvencia económica y financiera”*.



Con independencia de ello, respecto a lo exigido en la subsanación de que la empresa demuestre que no se halla en causa de disolución y que se ha recapitalizado, la recurrente manifiesta que ya aportó en el sobre 1 una carta de apoyo financiero, emitida por otra empresa del grupo, donde manifiesta la voluntad de facilitar apoyo financiero a CEGELEC para restablecer su situación patrimonial y hacer frente al pago de sus pasivos. Ese apoyo se ha materializado ya en una decisión del accionista único, con fecha 10 de diciembre, de condonación de un préstamo *“aplicable a la cuenta de <Resultados negativos de ejercicios anteriores>...Esta importante operación, junto con otras realizadas recientemente han hecho desaparecer el supuesto de causa de disolución en la que esta entidad estaba contablemente incurso.”*

Sexto. El órgano de contratación, en su informe, considera que la mera presentación de las cuentas anuales, con independencia de su contenido, no garantiza las condiciones mínimas de solvencia exigidas por el pliego, máxime cuando *“encontrarse en causa de disolución, con un patrimonio neto negativo,... es motivo más que suficiente para no cumplir las condiciones mínimas de solvencia exigidas, y por consiguiente, causa de exclusión del procedimiento”*.

Manifiesta ENRESA asimismo, que la mesa de contratación también consideró que desde la finalización del ejercicio de 2011, podría haberse restablecido el equilibrio patrimonial. De ahí que, de acuerdo con los principios generales de la contratación, para lograr la máxima concurrencia *“se habilitara una línea de subsanación en el sentido de poder demostrar CEGELEC un plan de viabilidad que restituyera el equilibrio patrimonial”*. Pero, el documento de apoyo financiero aportado no justifica que tenga *“la capacidad financiera suficiente, por lo que sigue sin cumplirse con el criterio de solvencia mínimo”*. En el propio escrito al que se hace referencia en el antecedente cuarto, la recurrente *“viene a reconocer que no cumple las condiciones mínimas de solvencia requeridas en el pliego, ya que aún no está solventada de manera efectiva la situación, pero que piensan resolverla antes de que finalice el presente ejercicio”*. Considera pues que *“en el momento de presentación de ofertas CEGELEC, S.A. seguía en causa de disolución y por lo tanto, carente de una de las condiciones mínimas de solvencia económica solicitadas por el pliego”*.



Séptimo. La primera cuestión que plantea la exclusión de la recurrente es si la solvencia económica y financiera exigida en el PCAP implica que la licitadora no esté en causa de disolución en el momento de presentar su oferta. En caso afirmativo, hay que dilucidar si la disposición de medios externos (carta de apoyo financiero) es un medio adecuado y suficiente para acreditar la solvencia.

La cláusula 4.1.2 del PCAP, indica que:

"La solvencia económica y financiera del empresario se acreditará por los medios siguientes:

a) Declaraciones apropiadas de entidades financieras, o en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales por un importe mínimo de 1.000.000 euros.

b) Las cuentas anuales del último ejercicio presentadas en el Registro Mercantil o en 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.

c) Declaración sobre el volumen global de negocios, referido a los 3 últimos ejercicios... El volumen anual de negocio de cada uno de los tres años deberá ser mayor de 1.500.000 €."

Es cierto, como argumenta la recurrente, que la referencia a las cuentas anuales en el apartado b), no contiene ninguna indicación sobre el volumen mínimo del patrimonio neto o de capital requerido, al contrario de las referencias relativas al seguro de riesgos profesionales o el volumen de negocio.

Pero no es menos cierto que, pudiendo no hacerlo, se ha optado por incluir las cuentas anuales entre los medios requeridos para acreditar la solvencia económica y financiera del licitador. Al incluirlas, es obligación de la mesa de contratación examinarlas y apreciar si ofrecen garantías suficientes de cara a la ejecución del contrato. Puesto que de las cuentas presentadas lo que se deduce es que la sociedad estaba en causa de disolución, hemos de concluir que la mesa actuó de forma apropiada, en trámite de

subsanción, al solicitar documentación que pudiese acreditar que dicha situación había desaparecido.

Esa solicitud de la mesa de contratación a que se hace referencia en el antecedente tercero, requiere a la recurrente para que aporte "*prueba documental que demuestre que la empresa no se halla en causa de disolución*". No exige por tanto ningún documento concreto no previsto en el PCAP, sino que se limita a dar una mera indicación sobre el tipo de testimonio mediante el cual poder acreditar los datos referidos.

Por tanto, en este primer punto, hemos de concluir que al incluir las cuentas anuales entre los medios para acreditar la solvencia económica y financiera, la solicitud de subsanción está fundamentada, a la vista de la situación de causa de disolución que se apreciaba en esas cuentas.

Octavo. En cuanto a si la carta de apoyo financiero de otra empresa del grupo es un medio adecuado para acreditar la solvencia económica y financiera, ya hemos manifestado en la Resolución 11/2012, de 5 de enero (fundamento quinto) que la interpretación que ha de darse al artículo 63 del TRLCSP es que el mismo permite la acreditación de la solvencia económica y financiera de la licitadora mediante medios externos. A estos efectos es irrelevante que la disposición de medios sea de otra empresa del grupo o del accionista principal, pues, como establece el citado artículo 63, "*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*".

Ahora bien, la carta de apoyo aportada por otra empresa del grupo, fechada el 5 de julio de 2012 y dirigida a la auditora de las cuentas anuales, indica que conoce que la recurrente se encuentra en causa de disolución y ha tenido resultados negativos en 2011, por lo que ambas "*circunstancias podrían constituir un factor de riesgo sobre la capacidad de la entidad de continuar como empresa en funcionamiento. No obstante les confirmamos que tenemos la voluntad irrevocable y la capacidad de facilitar apoyo financiero continuo a CEGELEC. S.A. para que pueda continuar con su actividad durante*

al menos un año a partir de la fecha de esta carta, restablecer su situación patrimonial y hacer frente al pago de sus pasivos”.

Tal compromiso de apoyo financiero por un año, es apropiado por el momento en que se produce y el destinatario del mismo: antes de la aprobación del informe de los auditores de las cuentas anuales de 2011, a los que va dirigido.

Pero la carta de compromiso no supone la asunción de ningún tipo de obligación concreta por parte de la empresa que la suscribe y no basta para justificar que la licitadora tiene la capacidad financiera suficiente para cumplir el contrato de cuatro años. En todo caso, en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas (12 de noviembre de 2012) no se había materializado el apoyo financiero. Así se reconoce por la propia recurrente en su escrito de 27 de noviembre al que se hace referencia en el antecedente cuarto. Y se confirma en el propio escrito de interposición de recurso, donde el apoyo financiero del accionista, se concreta en un escrito de condonación de deuda fechado el 10 de diciembre de 2012.

A la vista de lo expuesto, la licitadora recurrente no ha acreditado que en la fecha de presentación de su oferta dispusiera, por sí misma o con los medios de otras empresas del grupo, de la solvencia económica y financiera suficiente para la ejecución del contrato, de forma que su exclusión resulta ajustada a derecho.

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 Don L. F., en representación de la entidad CEGELEC, S.A., contra su exclusión en la licitación convocada por la EMPRESA NACIONAL DE RESIDUOS RADIOACTIVOS, S.A. para la contratación del *“Servicio de mantenimiento eléctrico e instrumentación necesario para el desmantelamiento y clausura de la central nuclear José Cabrera”*.

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.

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 dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.