



Recursos 207 y 275/2019

Resolución nº 383/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 11 de abril de 2019.

VISTOS los recursos interpuestos por D. J.C.F.N. contra el “*acuerdo de exclusión de los lotes 1, 2, 3, 5, 6, 7, 10 y 13*” y contra el “*acuerdo de adjudicación de los lotes 4, 8, 11, 12, 14, 15 y 16*” de la licitación convocada por la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, para contratar el “*servicio de transporte de pan entre centros penitenciarios (expdte. 2018/00116)*”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 17 de noviembre de 2018, y en el Boletín Oficial del Estado el 19 de noviembre de 2019, convocó por el procedimiento abierto la licitación del servicio de transporte de pan entre centros penitenciarios, con un valor estimado de 485.880,88 euros.

Segundo. Después de identificar las ofertas del recurrente como las que mejor relación calidad precio presentaban para los lotes 1, 2, 3, 5, 6, 7, 10 y 13, la Mesa de Contratación, con fecha de 22 de enero de 2019, efectuó un requerimiento a dicho recurrente para presentar la documentación prevista en las letras a) a c) del artículo 140.1 de la LCSP.

Una vez examinada la documentación presentada, la Mesa de Contratación, en su sesión de 6 de febrero de 2019, efectuó un requerimiento de subsanación al recurrente con expresión de los documentos a presentar. Entre estos documentos, la Mesa de Contratación señala “*las*



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; o mediante certificación del órgano encargado del ROLECE.”

En contestación a este requerimiento, el recurrente presentó una declaración en la que indica “*que se encuentra dado de alta en el IAE en estimación directa simplificada por lo que no tiene obligación de presentar cuentas anuales, lo cual se declara como exención de aportar dicho documento*”, así como las cifras de ventas que, según él, ha tenido en los ejercicios de 2018, 2017 y 2016.

La Mesa de Contratación, en su sesión de 13 de febrero de 2019, constató que el recurrente no cumplía lo especificado en el punto 7.1.2 del Cuadro de Características del PCAP, ya que no acreditaba su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil. En esa misma fecha, la Mesa de Contratación acuerda excluir al recurrente por no acreditar la solvencia económico financiera mínima.

Tercero. Con fecha de 20 de febrero de 2019, el recurrente presentó en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de exclusión, siéndole asignado el número 207/19. En su recurso solicita que se tenga por acreditada su solvencia económico financiera y que continúe la tramitación de la prestación de los servicios adjudicados.

Cuarto. Con fecha de 21 de febrero de 2019, previo requerimiento de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquél.

Quinto. En esa misma fecha, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los demás interesados, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban



oportuno, formularsen las alegaciones que a su Derecho conviniesen. No se han presentado alegaciones.

Sexto. Con fecha de 11 de marzo de 2019, D. J.C.F.N. interpuso recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de 20 de febrero de 2019, de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, de adjudicación de los lotes 4, 8, 11, 12, 14, 15 y 16, de la presente licitación. Se le asigna por este Tribunal el número 275/19. Al igual que en el recurso 207/19, el recurrente solicita que se tenga por acreditada su solvencia económico financiera y que continúe la tramitación de la prestación de los servicios adjudicados.

Séptimo. Con fecha 13 de marzo de 2019, se ha recibido en este Tribunal informe del órgano de contratación correspondiente al recurso 275/19.

Octavo. La Secretaria del Tribunal en fecha 21 de enero dio traslado del recurso 207/2019 y con fecha 13 de marzo del recurso 275/2019 al resto de licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularsen alegaciones, sin haber hecho uso de su derecho.

Noveno. Con fecha de 22 de marzo de 2019, la Secretaría del Tribunal, por delegación de éste, acuerda mantener la suspensión del expediente de contratación con los lotes 1, 2, 3, 5, 6, 7, 10 y 13, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Los presentes recursos se interponen ante este Tribunal, que es competente para resolverlos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP.

Segundo. Dado que estamos ante dos recursos interpuestos por el mismo recurrente, en relación con el mismo Acuerdo de exclusión de su oferta, correspondiente al mismo



procedimiento, y que los argumentos esgrimidos en ellos son exactamente coincidentes, concurren las circunstancias para que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, se pueda acordar la acumulación de ambos, ya que guardan identidad sustancial e íntima conexión como exige el artículo 57 de la Ley 39/ 2015 de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que debe entenderse aplicable supletoriamente conforme a lo dispuesto en el artículo 105 de la LCSE.

Tercero. En lo que se refiere al recurso 207/19, D. J.C.F.N. está legitimado para recurrir de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, al haber sido excluido de la licitación. Establece dicho precepto que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Ahora bien, en lo que se refiere al recurso 275/19, interpuesto contra la adjudicación de los lotes 4, 8, 11, 12, 14, 15 y 16, debe significarse que el recurrente no ha tomado parte en la licitación de los citados lotes. Este Tribunal ha tenido ocasión de examinar supuestos en los que, como el presente, se discute el alcance de la legitimación cuando el recurrente no ha intervenido en la licitación y cabe recordar que se ha manifestado a favor de entender la legitimación como un especial vínculo con la finalidad del recurso especial, que resulta necesario acreditar. En el presente supuesto, nada permite deducir que la actuación impugnada vaya a menoscabar, si quiera de forma indirecta, algún concreto interés del recurrente en la presente licitación, por consiguiente, debe concluirse en la falta de legitimación del recurrente en el recurso 275/19, y consiguientemente, en su inadmisión.

Corresponde, pues, el examen de las cuestiones de fondo al recurso 207/19, aunque, a efectos meramente dialécticos, ese examen es perfectamente aplicable al recurso 275/19, dado que los argumentos del recurrente son idénticos.



Cuarto. Siendo la exclusión del recurrente un acto de trámite cualificado que determina la imposibilidad de continuar en el procedimiento, adoptado en el procedimiento de un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, debe considerarse como susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1a) de la LCSP, en relación con el 44. 2.b) de la LCSP.

Quinto. En relación con el plazo para la interposición del recurso 207/19, no han transcurrido más de 15 días hábiles desde el día siguiente a la notificación del acuerdo de exclusión, por consiguiente, de conformidad con el artículo 50.1 d) de la LCSP, el recurso se ha presentado dentro de plazo.

Sexto. En lo que se refiere al fondo del asunto, el recurrente considera que ha acreditado su solvencia económica mediante una declaración sobre volumen de facturación de los últimos tres años, siendo la facturación del ejercicio 2016 178.448,45 euros. Asimismo, señala que, en dicho ejercicio, el régimen al que estaba sujeto era el de estimación objetiva por lo que no tenía obligación de presentar cuentas anuales en el Registro mercantil, ni declarar las ventas a dicho organismo, por ello se aportó la mencionada declaración en la que se establece el importe exacto de facturación en dicho ejercicio a fin de acreditar su solvencia.

Señala también que, conforme a la legislación tributaria, no está obligado a llevar libros contables de ventas, inventarios y cuentas anuales, por lo que no se le puede exigir que presente esa documentación. Tampoco tiene la obligación de inscripción ni de publicación de cuentas anuales en el Registro Mercantil.

El órgano de contratación, en el informe emitido al efecto, considera que el recurrente no ha acreditado su solvencia económica financiera por cualquiera de los medios señalados en el punto 7.1 del Cuadro de Características del PCAP, por lo que la exclusión es conforme a Derecho.

Séptimo. Es constante doctrina de este Tribunal que los pliegos de contratación constituyen la ley que rige la contratación entre las partes, con eficacia jurídica no sólo para la Administración convocante sino también para cualquier interesado en el procedimiento de



licitación, de suerte que la presentación de proposiciones de forma que contravengan los pliegos puede constituir causa de exclusión en el procedimiento.

En este sentido, hemos de citar lo dispuesto en el vigente artículo 139 de la LCSP, que establece que *“las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en los pliegos y documentación que rige la licitación y, que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna...”*

En relación con la forma de acreditación de los requisitos de solvencia, también ha declarado este Tribunal en varias ocasiones, por ejemplo, en la Resolución 71/2012, que la determinación de las condiciones en las que se podrá acreditar la existencia de solvencia en los distintos contratos es algo que corresponde decidir de manera discrecional y no arbitraria al órgano de contratación, siempre que se trate de condiciones que sean congruentes con lo establecido por la ley, lo que a su vez exige que los documentos que deban aportarse sean congruentes con los requisitos o condiciones exigidos por el pliego.

Así, el párrafo primero del artículo 92 de la LCSP señala que *La concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos. En su ausencia serán de aplicación los establecidos en los artículos 87 a 90 para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los pliegos.*

En el presente supuesto, el punto 7.1 del Cuadro de Características del PCAP establece los siguientes requisitos de solvencia económica y financiera (el subrayado es nuestro):

1.- Declaración del representante legal de la empresa del volumen anual de negocios de los tres últimos años concluidos.



El criterio mínimo de solvencia económica y financiera será la cifra anual de negocios del licitador realizados en el ámbito de actividad del objeto del contrato y que, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos, deberá ser igual o superior a:

LOTE 1 28.952,64 €

LOTE 2 19.278,00 €

LOTE 3 23.405,76 €

LOTE 4 25.758,00 €

LOTE 5 24.000,00 €

LOTE 6 19.828,80 €

LOTE 7 20.891,52 €

LOTE 8 24.494,40 €

LOTE 9 15.750,00 €

LOTE 10 24.000,00 €

LOTE 11 23.211,36 €

LOTE 12 17.496,00 €

LOTE 13 15.390,00 €

LOTE 14 10.866,96 €

LOTE 15 48.575,70 €

LOTE 16 22.511,52 €

Si el candidato licitará a dos o más lotes, la solvencia mínima será la suma de los lotes a los que se presente.

2.- 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.



3. O certificación del órgano encargado del ROLECE (siempre y cuando venga recogida la solvencia económica), en cuyo caso deberá acompañarlo de la declaración responsable del licitador en la que manifieste que las circunstancias reflejadas en el certificado no han experimentado variación.

En el presente caso, el recurrente pretende tener por cumplido el requisito de solvencia económica y financiera aportando una declaración sobre volumen de facturación de los últimos tres años. Esta documentación no es la prevista en el Cuadro de Características del PCAP que exige, no sólo la declaración sobre el volumen de negocio, sino también su acreditación fehaciente y comprobable en términos de máxima seguridad jurídica para la Administración, mediante la aportación, en el caso de los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil, de sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

Así las cosas, resulta ajustado a Derecho el acuerdo impugnado del órgano de contratación en el que afirma que no se considera suficientemente acreditada la solvencia económica financiera del recurrente a través de los medios señalados en el punto 7.1 del Cuadro de Características del PCAP que coinciden además con los previstos en el artículo 87 de la LCSP. Consiguientemente, procede la desestimación del presente recurso especial.

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 207/19, interpuesto por D. J.C.F.N. contra el “*acuerdo de exclusión de los lotes 1, 2, 3, 5, 6, 7, 10 y 13*” de la licitación convocada por la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, para contratar el “*servicio de transporte de pan entre centros penitenciarios (expdte. 2018/00116)*”, de la licitación del servicio de transporte de pan entre centros penitenciarios e inadmitir, por falta de



legitimación del recurrente, el recurso 275/19 interpuesto por D. J.C.F.N. contra el “*acuerdo de adjudicación de los lotes 4, 8, 11, 12, 14, 15 y 16*” del mismo procedimiento.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento 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 58.2 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.



Voto particular que formula el vocal D. Eugenio Albero Cifuentes, en relación con la resolución de los recursos acumulados 207/2019 y 275/2019.

El vocal que suscribe discrepa del parecer de la mayoría de este TACRC, que desestima el **Recurso 207/2019**. En su opinión procede la **estimación parcial** del mencionado recurso, por los siguientes motivos:

Primero. El órgano de contratación ha excluido a la empresa recurrente porque en el trámite concedido ex artículo 150.2 de la LCSP, y en el posterior trámite de subsanación, considera que no ha justificado adecuadamente los requisitos exigidos de solvencia económica, teniendo en cuenta lo que establecen los pliegos.

Dice el PCAP, que es ley del contrato, que, a efectos de acreditar la solvencia económica, *“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”*.

Segundo. El PCAP no ha tenido en cuenta que existen empresarios individuales a los que fiscalmente no le es exigible la llevanza de contabilidad ajustada al Código de comercio y al Plan General de Contabilidad. Concretamente los sometidos a los regímenes de estimación objetiva y estimación directa simplificada. Régimen éste último, al que declara estar sometida la empresa recurrente.

El artículo 87.4 de la LCSP dispone que *“la solvencia económica y financiera requerida deberá resultar proporcionada al objeto contractual, de conformidad con lo establecido en el artículo 74.2, no debiendo en ningún caso suponer un obstáculo a la participación de las pequeñas y medianas empresas”*.

Asimismo, el artículo 86.1, párrafo tercero, de la LCSP establece que *“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 documento que el poder adjudicador considere apropiado”*.



Pues bien, como hemos visto, en este caso existe una razón válida para que el operador económico no esté en condiciones de aportar las referencias solicitadas en el PCAP, y es que no está obligado a la llevanza de contabilidad, por lo que difícilmente puede legalizar sus cuentas anuales en el Registro Mercantil.

La posibilidad de presentar documentos alternativos para acreditar la solvencia económica se configura en la ley como un auténtico derecho (“se le autorizará”), aunque condicionado a que el poder adjudicador considere apropiados los documentos alternativos aportados.

Este vocal considera que la declaración del **Modelo 347** presentada por la empresa recurrente ante la AEAT y ante el órgano de contratación, es apropiada para acreditar el volumen de negocios de un determinado ejercicio, en la medida en que declara las operaciones realizadas con terceros superiores a una determinada cuantía, concretamente 3.005,06 €. Declaración que es susceptible de ser verificada por la AEAT mediante el cruce informático de información con las declaraciones realizadas por otros contribuyentes.

En el Modelo 347 aportado figuran unas ventas, IVA incluido, por importe de 192.366,81 € (clave B de la declaración). Como contablemente la cifra de negocios no debe incluir el IVA, que se refleja en una cuenta independiente (IVA REPERCUTIDO), resulta que la empresa recurrente acredita un volumen de ventas en el año 2016 de **158.980,00 €**

Esta cifra resulta insuficiente para acreditar la solvencia económica exigida para todos los lotes en los que fue propuesta como adjudicataria, que era de **175.746,72 €** pero es apta para acreditar la solvencia respecto de algunos de esos lotes en los que fue la oferta económicamente más ventajosa.

Tercero. En base a los argumentos anteriores, este vocal considera que debería **estimarse parcialmente** el recurso para que, si el órgano de contratación considera apropiada la declaración del Modelo 347 para acreditar la solvencia económica, anule la resolución de exclusión del recurrente respecto de los lotes elegidos por dicho licitador respecto de los cuales quede cubierto el importe de la cifra de negocios exigida en los pliegos para acreditar la solvencia económica.

En Madrid, a 12 de abril de 2019