

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

En Madrid, a 12 de junio de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.M.R., en nombre y representación de AMER SPORTS SPAIN, S.A., contra el Acuerdo del Concejal Presidente del Distrito de Hortaleza de fecha 13 de mayo de 2015, por el que se adjudica el contrato de “Arrendamiento de material deportivo para equipamiento de las salas de fitness y musculación de los C.D.M. Hortaleza y Luis Aragonés”, número de expediente: 300/2015/00029, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 2 y 11 de marzo de 2015, se publicó respectivamente en el DOUE y el BOE la convocatoria para la licitación del contrato de suministro “Arrendamiento de material deportivo para equipamiento de las salas de fitness y musculación de los C.D.M. Hortaleza y Luis Aragonés”, a adjudicar por procedimiento abierto, con pluralidad de criterios y un valor estimado de 309.493,74 euros.

Segundo.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en concreto, en el apartado 13 de su Anexo I, se refiere a la solvencia en los siguientes términos:

“Acreditación solvencia técnica: Artículo 77.1 apartado: a) del TRLCAP: Una relación de los principales suministros efectuados durante los últimos tres años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado, de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.

Requisitos mínimos de solvencia: Se considerará acreditada esta solvencia por aquellas entidades que en los años 2012, 2013 y 2014 o, en su caso, desde la fecha de constitución o inicio de las actividades, hayan realizado trabajos relacionados con el objeto del contrato, debiendo presentar una relación de las actividades realizadas en dicho periodo que incluya una descripción mínima de las mismas así como importes, fechas y beneficiarios públicos o privados de los mismos. En dicha relación deberán constar al menos tres suministros relacionados con el objeto del contrato, por un importe mínimo, en conjunto, del triple del precio total del contrato, acompañados de los correspondientes certificados de ejecución expedidos por la entidad pública o privada solicitante del trabajo. Los servicios cuyo destinatario hubiera sido un sujeto privado podrán ser acreditados, a falta del mencionado certificado, mediante una declaración responsable del empresario licitador. En cualquier caso la falta de presentación de certificado deberá estar suficientemente motivada. En caso de que la fecha de creación de la empresa o de inicio de las actividades sea inferior a los tres años deberá presentar una actividad por año realizado o fracción”.

Tercero.- La Mesa de contratación en su reunión de 15 de abril de 2015, tras la apertura de la documentación administrativa presentada por las empresas licitadoras, acordó requerir a la empresa Amer Sports Spain, S.A. para que subsanase determinada documentación entre la que se incluía la acreditación de la solvencia técnica. En concreto se le informa que *“falta por presentar la relación de trabajos indicada, así como certificados de ejecución suficientes para alcanzar el*

triple del importe del contrato (1.123.462,29 euros), es decir, certificados referidos a los ejercicios 2012, 2013, y 2014 por importe total de 358.103,29 euros.

Lo anterior se le comunica conforme a lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, advirtiéndole que de no subsanar en el plazo señalado la documentación que se indica, la oferta presentada por esa entidad será rechazada quedando excluida de la licitación”.

Dentro del plazo concedido la recurrente presentó una declaración responsable en la que indicaba la relación de trabajos realizados incluyendo los destinatarios y una breve descripción de los suministros así como cinco certificados expedidos, cuatro de ellos por el administrador de la empresa Ifitness Instalaciones Deportivas S.L., en los que consta que realizó en las fechas indicadas y con los importes reseñados, suministros de equipamientos de fitness y uno por el gerente de la empresa Real Club de Tenis de San Sebastián, indicando los extremos mencionados. La suma de importes asciende a la cantidad de 1.208.525,20 euros.

El 22 de abril de 2015 se reúne de nuevo la Mesa de contratación al objeto de decidir sobre las subsanaciones presentadas y proceder a la apertura del sobre relativo a los criterios valorables en cifras o porcentajes. En dicho acto se comunica las empresas que han sido excluidas de la licitación como consecuencia de la documentación aportada tanto en el sobre nº 1 como en fase de subsanación, siendo la recurrente excluida por no aportar una relación de trabajos efectuados durante los años 2012, 2013 y 2014.

Mediante Acuerdo de 13 de abril de 2015, del Concejal Presidente del Distrito de Hortaleza, se adjudica el contrato a la empresa Fitness Project Center, S.L. Dicho Acuerdo fue notificado a la recurrente con fecha 18 de mayo de 2015, en la notificación se indica las causas de exclusión de su oferta: *“falta de acreditación de la solvencia técnica, pues no presenta una relación de las actividades realizadas en los años 2012, 2013 y 2014 que incluya una descripción mínima de las mismas así como importes, fechas y beneficiarios públicos o privados de los mismos”.*

Cuarto.- Contra el indicado Acuerdo, previo el anuncio a que se refiere el artículo 44 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2001, de 14 de noviembre (TRLCSP), la empresa Amer Sports Spain, S.A., interpone recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal el día 29 de mayo de 2015.

Alega que del texto legal, artículo 77.1 TRLCSP, y la Directiva 2014/24/UE *“parece desprenderse que si a la acreditación de la solvencia técnica mediante trabajos similares realizados con anterioridad se refiere, que la experiencia se acreditará en todo caso con certificados expedidos por entidades públicas o privadas destinatarias de los suministros realizados (o en su caso mediante declaración responsable del empresario) como referencia adecuada de contratos, o suministros, ejecutados en el pasado. Es decir, la experiencia alegada ha de ser acreditada a través de certificados de ejecución, sin que sea suficiente una mera declaración de la empresa licitadora”*.

Cita en apoyo de su argumentación diversas Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales, 11/2011, 175/2011, y 17/2013, en las que se concluye que la acreditación debe realizarse mediante el correspondiente certificado sin que sea suficiente la mera relación de las empresas receptoras del servicio.

En consecuencia, sostiene la recurrente que *“a sensu contrario puede entenderse entonces que, para acreditar la solvencia técnica mediante la experiencia de suministros similares realizados con anterioridad, no es sustancial como medio de acreditación la aportación de una relación de trabajos mediante declaración responsable si ésta no viene acompañada de certificados de ejecución que acrediten tales suministros, recayendo por tanto el peso de la prueba fehaciente de la experiencia en dichos certificados, y no en una simple relación de servicios efectuados”*.

Por todo lo expuesto, considera que procede admitir su oferta por haber subsanado y cumplido lo exigido en el PCAP a fin de acreditar su solvencia y, en

consecuencia, procede anular el Acuerdo de 13 de mayo de 2015 por el que se le excluye de la licitación y se adjudica el contrato a la empresa Fitness Project Center, S.L.

El órgano de contratación en el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 46.2 del TRLCSP, remitido a este Tribunal, el día 2 de julio de 2015, junto con el expediente señala que *“procede poner de manifiesto que la documentación aportada por AMER SPORT SPAIN, S.A. es incompleta por cuanto no figura una relación de los principales suministros realizados durante los tres últimos años, sino únicamente un documento en el cual se limita a declarar que ha efectuado suministros para 5 clubes de la empresa lfitness y para el Real Club de Tenis de San Sebastián, sin hacer referencia a los periodos, fechas e importes de los contratos, entendiéndose el recurrente que en los certificados de ejecución presentados se considera comprendida esta relación”*.

Cuarto.- El 3 de junio de 2015 el Tribunal acordó mantener la suspensión de la tramitación del contrato.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se concedió trámite de audiencia a los interesados en el expediente de contratación.

Ha presentado alegaciones la empresa Fitness Project Center, S.L., que manifiesta que ha quedado acreditado que la recurrente no presentó la citada relación de las actividades realizadas pretendiendo equiparar la relación de actividades a unos certificados expedidos por empresas que no se presentan a la licitación y tampoco se efectúa la relación de actividades que incluya una descripción mínima de las mismas así como de los importes, fechas y beneficiarios públicos o privados de los mismos.

Aduce igualmente grave perjuicio que supondría para su empresa retrotraer las actuaciones ya que como adjudicataria del contrato, ha adquirido ya el material y lo tiene a disposición del Ayuntamiento. Solicita por tanto, la desestimación del

recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la recurrente para interponer recurso especial, por tratarse de una persona jurídica licitadora, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se documenta la representación del firmante del recurso.

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, pues el Acuerdo impugnado se notificó el 18 de mayo de 2015 y el recurso se interpuso el 29 de mayo de 2015.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c), en relación con el artículo 15.1.b) del TRLCSP.

Quinto.- El recurso se fundamenta en la indebida exclusión de la licitación de la recurrente al entender que incumplía con los requisitos de solvencia técnica cuando había subsanado suficientemente la documentación.

El artículo 54 TRLCSP regula los requisitos para ser contratista con el sector público: *“sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén*

incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas". Como se recoge en el Informe 4/1999, de 13 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, esta exigencia "pone de manifiesto que la solvencia de las empresas queda configurada como un auténtico requisito de capacidad, siendo éste de tal trascendencia que su falta produce un efecto jurídico negativo, el de la nulidad del contrato".

El artículo 62 del TRLCSP dispone que, para contratar con el sector público, los empresarios deberán acreditar que poseen las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y técnica o profesional que se determinen por el órgano de contratación, requisito que será sustituido por la clasificación cuando sea exigible por dicha Ley. La solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determine por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79 del TRLCSP.

El fin que se persigue mediante la exigencia de la acreditación de solvencia para poder optar a la adjudicación de contratos públicos, según se recoge en el considerando 39 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, constituye una de las facultades de los Estados miembros para garantizar la aptitud de los licitadores para la ejecución del contrato que se licita. Se trata, así pues, de un mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende tener garantizado que, tanto desde el punto de vista financiero y económico como desde el técnico y profesional, los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato para cuya adjudicación concurren.

Siendo esto así, debe concluirse que lo que al poder adjudicador interesa desde la perspectiva de la solvencia técnica o profesional es que el licitador demuestre que está en posesión de los medios, de cualquier clase, que sean necesarios para ejecutar el contrato, justificando sus conocimientos, pericia, eficacia o experiencia.

En este caso, en el PCAP se exigen unos niveles de solvencia recogidos en los antecedentes de hecho. En concreto el criterio de selección de la solvencia técnica o profesional es:

“Una relación de los principales suministros efectuados durante los últimos tres años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado, de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario”.

Como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Alega la recurrente que “los certificados de ejecución presentados por AMER SPORTS SPAIN, S.A., cinco en total, se refieren a suministros realizados en 2012, 2013 y 2014. En ellos consta el importe, que en total suman 1.208.525,20 euros IVA no incluido (por encima de la cantidad de 1.123.462,29 euros IVA incluido exigido como umbral mínimo), el destinatario, la fecha de cuando se efectuó, así como el objeto, que es el suministro de maquinaria fitness,

A pesar de la presentación de más de tres certificados de ejecución con importe en conjunto superior al triple del importe del contrato, AMER SPORTS SPAIN, S.A. fue excluida de la licitación por la no presentación de una relación de

los principales suministros efectuados durante los años 2012, 2013 y 2014, lo que da a entender que dicha relación debía de constar en un documento aparte realizado por la propia empresa.

No obstante, entendemos que la relación como tal se deduce de los propios certificados aportados, en los cuales consta importe, fecha, beneficiarios y objeto del suministro.

Considerar como motivo de la exclusión de la licitación la no aportación de una declaración responsable de la empresa en la que queden reflejados los datos de los certificados de ejecución presentados sería dar mayor importancia a los aspectos formales que a los de fondo, lo que podría entenderse como una limitación del principio de concurrencia del procedimiento contractual. Principio que tiende a permitir el mayor número de licitadores y, por tanto, la posibilidad de ampliar las opciones de obtener la oferta económicamente más ventajosa, que orienta a las mesas de contratación hacia un criterio antiformalista en la presentación de la documentación”.

En este sentido y en apoyo de sus argumentos cita la doctrina consolidada del Tribunal Supremo que reconoce este principio antiformalista en los procedimientos de adjudicación, concretamente la Sentencia dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina Recurso 265/2003, que considera que *“una interpretación literalista de las condiciones establecidas para tomar parte en la licitación, que conduzca a la inadmisión de las proposiciones por meros defectos formales o no sustanciales, es contraria al principio de concurrencia”*.

El artículo 22.1.a) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (RDPLCSP) establece que la Mesa de contratación desempeñará entre otras funciones: *“Calificará las documentaciones de carácter general acreditativas de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica financiera, técnica y profesional de los licitadores y demás requisitos a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, así como la garantía provisional en*

los casos en que se haya exigido, comunicando a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación”.

Asimismo, el artículo 22 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), prevé la posibilidad de solicitar aclaraciones:

“A los efectos establecidos en los artículos 15 a 20 de la ley, el órgano y la mesa de contratación podrán recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle para la presentación de otros complementarios, lo que deberá cumplimentar en el plazo de cinco días sin que puedan presentarse después de declaradas admitidas las ofertas conforme a lo dispuesto en el artículo 83.6”.

Por la Mesa de contratación se advirtió la insuficiencia de la documentación presentada y se indicó la necesidad de subsanar.

La posibilidad de subsanación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que ha de acompañar a las proposiciones, procede tanto para el supuesto de que no se aporte la documentación requerida, como para el caso de que la presentada adolezca de defecto, tal como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, con referencia expresa a la posibilidad de subsanación de la solvencia técnica en el informe 2/2012, de 22 de febrero.

En consecuencia, procede examinar si la documentación aportada por la recurrente debe considerarse suficiente a los efectos de acreditar el nivel de solvencia técnica exigido en los Pliegos.

Como ya se ha indicado el PCAP exige *“presentar una relación de las actividades realizadas en dicho periodo que incluya una descripción mínima de las mismas así como importes, fechas y beneficiarios públicos o privados de los mismos. En dicha relación deberán constar al menos tres suministros relacionados*

con el objeto del contrato, por un importe mínimo, en conjunto, del triple del precio total del contrato, acompañados de los correspondientes certificados de ejecución expedidos por la entidad pública o privada solicitante del trabajo. Los servicios cuyo destinatario hubiera sido un sujeto privado podrán ser acreditados, a falta del mencionado certificado, mediante una declaración responsable del empresario licitador. En cualquier caso la falta de presentación de certificado deberá estar suficientemente motivada. En caso de que la fecha de creación de la empresa o de inicio de las actividades sea inferior a los tres años deberá presentar una actividad por año realizado o fracción”.

Debemos coincidir con la recurrente en su planteamiento ya que la relación es un mero listado resumen de los suministros realizados, que ha de permitir comprobar fácilmente el tipo de suministro, el importe, la fecha y el destinatario, pero que debe contar como soporte indispensable los certificados acreditativos de su realización o declaración responsable.

En el caso analizado, no se ha presentado la mencionada relación mencionada sino una declaración descriptiva de los suministros que únicamente especifica los destinatarios, pero constan cinco certificados que incluyen todos los extremos exigidos por la Ley y por el PCAP. Consta el destinatario y la identidad de la persona habilitada para emitir la certificación, el objeto del suministro, el precio y la fecha. El hecho de que sean cinco certificados y todos relativos al objeto del contrato y con la información requerida hace superflua la relación, ya que nada añade al contenido de los certificados y tampoco facilita la labor de la Mesa a la que le basta con sumar cinco cantidades para comprobar el cumplimiento de nivel de solvencia exigido.

No podemos compartir la afirmación del órgano de contratación de que *“del tenor del art. 77.1.a) del TRLCAP se desprende de forma meridiana que los certificados de ejecución no constituyen un modo de acreditación de la solvencia técnica, sino que vienen a cumplir el requisito del umbral mínimo exigido, que ya debe figurar previamente acreditado mediante la presentación de una relación de los*

principales suministros con expresión de fechas, lugares, importes y destinatarios de los mismos”, puesto que la conclusión debe ser exactamente la contraria, son los certificados los que acreditan la solvencia y de ahí la expresión legal: “*los suministros efectuados se acreditarán*” y la relación solamente es informativa y facilitadora de la comprobación por parte de la Mesa, pero por sí sola no supone el cumplimiento de la exigencia.

En consecuencia, consideramos que la Mesa debió considerar suficiente la documentación presentada en el plazo de la subsanación y no excluir a la recurrente de la licitación, por lo que procede estimar el recurso.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.M.R., en nombre y representación de AMER SPORTS SPAIN, S.A., contra el Acuerdo del Concejal Presidente del Distrito de Hortaleza de fecha 13 de mayo de 2015, por el que se adjudica el contrato de “Arrendamiento de material deportivo para equipamiento de las salas de fitness y musculación de los C.D.M. Hortaleza y Luis Aragonés”, número de expediente: 300/2015/00029, anulando la adjudicación realizada y ordenando la retroacción de las actuaciones al momento de valoración de la solvencia técnica o profesional debiendo admitir a la empresa Amer Sports, Spain, S.A.

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.