



EB 2016/063

Resolución 070/2016, de 8 de junio de 2016, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por la empresa ASCENDER, S.L. frente a su exclusión del contrato de “Suministro de mobiliario fijo (butacas y grada retráctil) para el centro de artes escénicas del nuevo Getxo Antzoki – Musika Eskola”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 9 de mayo de 2016 la empresa ASCENDER, S.L. interpuso en el Registro del Órgano de Contratación un recurso especial en materia de contratación frente a su exclusión del contrato de “Suministro de mobiliario fijo (butacas y grada retráctil) para el centro de artes escénicas del nuevo Getxo Antzoki – Musika Eskola”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

SEGUNDO: El recurso, el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) se recibieron en este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el día 18 de mayo de 2016.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados en el procedimiento, no se ha recibido ninguna.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de Don P. H.L, que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos sujetos a regulación armonizada, en el presente caso se trata de un suministro con un valor estimado de 1.978.711,94 €.

TERCERO: El acto recurrido es el Acuerdo adoptado el 8 de abril de 2016 por la Mesa de contratación –notificado el día 19 de abril– que excluye a ASECEDER de la licitación (artículo 40.2 b) TRLCSP).

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Getxo tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El informe de 14 de marzo de 2016 del arquitecto municipal hace constar que ASECEDER no acredita los siguientes requisitos mínimos: (i) un contrato de 2.000.000 €; (ii) un contrato mínimo de 1.250 butacas. El recurrente manifiesta que presenta su licitación al concurso en colaboración con la empresa CHEMTROL DIVISIÓN TEATRO, S.A. (en adelante, CHEMTROL), tal y como se hace constar en el certificado firmado por el representante legal de la empresa. Afirma que esta empresa tiene reconocida solvencia técnica y profesional, que acredita con la ejecución en los últimos cinco años de varios proyectos de las características que se exigen en la licitación, que describe en



el recurso. A su parecer, con la documentación aportada, más una serie de facturas emitidas por ASCENDER sobre concursos de similares características, que también han sido aportadas al expediente administrativo, queda acreditada la solvencia profesional y técnica requerida en las bases de la convocatoria. Muestra su disconformidad con la argumentación expuesta en la resolución del Ayuntamiento de Getxo de que la colaboración entre ASCENDER y CHEMTROL es un intento de integrar la solvencia de la empresa licitadora con medios externos, puesto que se trata de un contrato de colaboración que acredita la solvencia necesaria para ejecutar la obra licitada en cumplimiento de las bases reguladoras del concurso.

b) Solicita la anulación de la Resolución de 8 de abril de 2016 y dicte una nueva en la que se acuerde la continuación de ASCENDER en la licitación del contrato.

SÉPTIMO: El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) Defectos formales en la presentación del recurso.

El recurrente no anunció el recurso tal y como prevé el artículo 44.1 del TRLCSP, pero al presentar el escrito de recurso en plazo no se procedió al requerimiento de subsanación recogido en el apartado 5 del artículo citado.

El apartado 4 del propio artículo dispone los documentos que necesariamente han de acompañar al escrito de interposición del recurso, y ASCENDER tampoco cumplió con lo dispuesto en dicho precepto, pero al presentarse el recurso ante el órgano de contratación se procede según lo dispuesto en el artículo 46.2 del TRLCSP.

b) Motivos de exclusión de ASCENDER.



El recurrente aduce el mismo motivo que ya expuso en la contestación al requerimiento de subsanación, a saber, que sí cumple con la solvencia técnica mínima exigida dado que “presenta su licitación al concurso en colaboración con la empresa CHEMTROL, con quien tiene concertado un acuerdo para la ejecución del proyecto”.

La contestación a este argumento no puede ser otra que la que ya manifestó la Mesa de contratación en su sesión de 8 de abril de 2016, y que se sintetiza en que ASECENDER, al contrario de lo que afirma no presentó su licitación junto con la empresa CHEMTROL, ya que esta empresa apareció por primera vez en la licitación cuando se requirió al recurrente que subsanara el cumplimiento de la solvencia técnica exigida.

La procedencia de la exclusión es indudable, y en caso contrario se hubiera incurrido en un agravio comparativo respecto de otras licitadoras, que sí presentaron sus ofertas de forma legal, que hubiera vulnerado el principio básico de igualdad de trato.

OCTAVO: El Ayuntamiento de Getxo alega defectos formales en la presentación del recurso, aunque en su informe reconoce que no impiden su tramitación.

En cuanto al anuncio previo que prevé el artículo 44.1 del TRLCSP, los Órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación han manifestado en numerosas ocasiones que su finalidad es que el órgano de contratación esté enterado de la interposición del recurso, hecho que se consigue igualmente con la presentación del recurso en su registro.

Sobre la ausencia de la documentación que según el artículo 44.4 del TRLCSP debe acompañar al escrito de interposición del recurso, el apartado 5. del propio artículo prevé la concesión del trámite de subsanación de defectos que pueden afectar al escrito de recurso. Cuando el recurso se interpone en el



registro del órgano de contratación, el artículo 46.2 del TRLCSP únicamente habilita a éste para su remisión junto con el expediente y el informe correspondiente, tal y como ha sucedido en el presente caso, y es al órgano competente para su resolución a quien corresponde evacuar el trámite de subsanación de defectos.

NOVENO: El recurso plantea una única cuestión de fondo y es el cumplimiento por ASCENDER de los requisitos de solvencia técnica y profesional, que afirma haber acreditado en el trámite de subsanación otorgado por la Mesa de contratación al presentar un documento de colaboración con la empresa CHENTROL; circunstancia que niega el poder adjudicador puesto que afirma que no presentó su licitación junto con la citada empresa, que apareció por primera vez en la licitación cuando se requirió al recurrente que subsanara el cumplimiento de la solvencia técnica exigida.

Según consta en el informe remitido por el poder adjudicador, el arquitecto municipal revisó la documentación relativa a la solvencia económica y profesional de las empresas licitadoras, y sobre ASCENDER informó que no acreditaba todos los requisitos mínimos de solvencia profesional exigidos en el apartado 5. del Pliego de Condiciones Técnicas (en adelante, PCT), esto es: (i) acreditar un contrato mínimo de > 2.000.000 € y (ii) un contrato de > de 1.250 butacas. Por este motivo, la Mesa de contratación le otorgó mediante requerimiento de 18 de marzo de 2016 un plazo de 3 días hábiles para que subsanara los errores apreciados. En respuesta al requerimiento, ASCENDER presenta un documento, fechado el 21 de marzo de 2016, de colaboración con la empresa CHENTROL para el suministro del contrato objeto del presente recurso. La subsanación es rechazada por la Mesa de contratación que en su reunión de 8 de abril aduce que «La Mesa entiende que puesto que en la documentación presentada por Ascender, S.L. no figura acreditación alguna, ni siquiera manifestación, acerca de su “colaboración” con la empresa Chemtrol, no es legalmente válido su intento de integrar la solvencia con medios externos», para añadir a continuación que «En consecuencia, la Mesa de Contratación acuerda, de conformidad con lo arriba indicado, la calificación negativa de la documentación



presentada por ASCENDER, S.L. al considerar que es dicha empresa la licitadora y no procede subsanar la “colaboración” puesto que si bien puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado, no se puede subsanar lo que en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones no existe de manera indudable (según informe JCCA Estado 47/2009) y no cumple con los requisitos mínimos de solvencia exigidos en la licitación. Por todo ello, la Mesa acuerda la exclusión de la empresa Ascender, S.L. de la licitación.»

La cuestión que se debate, en primer lugar, es si el documento de colaboración que suscriben el recurrente y CHENTROL el día 21 de marzo de 2016 –con posterioridad a la solicitud de subsanación por la Mesa de contratación– es o no admisible para subsanar la deficiencia de la solvencia técnica exigida en el contrato.

Acerca del debate planteado, se debe subrayar que el artículo 63 del TRLCSP permite la integración de solvencia con medios ajenos al disponer que «Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza de los vínculos que tengan con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.» Por tanto, sí es posible acreditación de solvencia con medios ajenos, siempre y cuando pueda acreditarse que efectivamente se dispone de dichos medios.

Sin embargo, se debe señalar que el artículo 146.5 del TRLCSP prevé que «El momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la administración será el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones.» Acerca de este artículo, este OARC / KEAO en su Resolución 088/2015 vino a señalar que «El contenido del artículo 146.5 es consecuencia de la modificación operada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores en su internacionalización. Su dicción es meridiana al considerar el plazo de finalización de presentación de las ofertas como el momento para apreciar que los licitadores disponen de los requisitos de capacidad y solvencia. A este respecto, debe otorgarse la razón al poder adjudicador cuando distingue entre el momento en que los licitadores deben estar en posesión de los



requisitos de solvencia –presentación de las ofertas–, y el momento de acreditar tales requisitos, que a tenor del apartado 4. del propio artículo puede quedar diferido al momento posterior de clasificación de las ofertas y requerimiento de documentación al licitador que haya presentado la oferta más ventajosa, en los términos del artículo 151.1 del TRLCSP.»

En el contrato que nos ocupa, la cláusula 20 “Presentación de proposiciones” del PCA prevé que en el “Sobre Primero” se incluirán los justificantes de solvencia económica y técnica del licitador establecidos en los artículos 75 y 77 del TRLCSP, y que los requisitos mínimos de solvencia que deberán incluir las empresas son los recogidos en el apartado 5. del PCT, parcialmente reproducidos anteriormente, con lo que el plazo máximo que tenían los licitadores para estar en posesión de los requisitos de solvencia y su acreditación era el de presentación las proposiciones, que finalizó el 29 de febrero de 2016. El recurrente presenta un documento de colaboración firmado el día 21 de marzo de 2016, posterior al momento decisivo que señala el artículo 146.5 del TRLCSP.

En segundo lugar, entre la documentación que ASCENDER aporta dentro del trámite de subsanación, figura la factura Nº: INT-47-13, de 1 de agosto de 2013, por el suministro realizado a la “Maison des services publics Montelimar” que acredita el suministro de mobiliario modelo “SPACE MAX” en más unidades que las 1.250 unidades que exige el punto 5. del PCT; por el contrario, no acredita haber realizado un contrato de un mínimo de 2.000.000 € con medios propios.

En consecuencia, no puede acogerse la pretensión del recurrente y debe desestimarse el recurso.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano



Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ASCENDER, S.L. frente a su exclusión de la licitación del contrato de “Suministro de mobiliario fijo (butacas y grada retráctil) para el centro de artes escénicas del nuevo Getxo Antzoki – Musika Eskola”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

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.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2016ko ekainaren 8a

Vitoria-Gasteiz, 8 de junio de 2016