



Expte.: 16/2017

ACUERDO 29/2017, de 26 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por doña A.J.D., en representación de “DISTRIVISUAL, S.L.”, frente a la Resolución 66/2017, de 14 de marzo, de la Dirección General de Cultura-Institución Príncipe de Viana, por la que se selecciona a las empresas para el Servicio de limpieza de las oficinas e instalaciones ubicadas en el edificio del Archivo Real y General de Navarra durante el año 2017.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 22 de noviembre de 2016 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de Servicio de limpieza de las oficinas e instalaciones ubicadas en el edificio del Archivo Real y General de Navarra, promovido por la Dirección General de Cultura -Institución Príncipe de Viana del Departamento de Cultura, Deporte y Juventud del Gobierno de Navarra.

SEGUNDO.- Tras la tramitación del expediente, el órgano de contratación dictó la Resolución 66/2017, de 14 de marzo, de selección de las empresas de limpieza a favor de “ZAINTZEN, S.A.”. Dicha resolución fue notificada a la reclamante el día 17 de marzo de 2017.

TERCERO.- El día 27 de marzo de 2017 “DISTRIVISUAL, S.L.” interpone reclamación frente a la citada Resolución 66/2017, de 14 de marzo, de la Dirección General de Cultura-Institución Príncipe de Viana fundada, en síntesis, en los siguientes motivos:

En primer lugar, entiende la reclamante que el objeto del contrato no se corresponde con el CNAE de la empresa seleccionada por lo que la misma no cumple los requisitos exigidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) para la contratación. Afirma que el objeto social de “ZAINZTEN, S.A.” no es la limpieza sino que es la gestión y ejecución de centros especializados de empleo u otras entidades que pudieran crearse en un futuro con forma idónea de promoción laboral de trabajadores discapacitados.

A continuación la reclamante afirma que la empresa seleccionada no cumple con el requisito de antigüedad de tres años en cuanto al volumen de negocio porque fue constituida el 31 de octubre de 2013 y que tal circunstancia debe ser constitutiva de motivo de nulidad al no cumplir con lo prescrito por las cláusulas 8 y 9 del pliego, dado que la empresa no reúne más que dos años y dos meses y, por tanto, no tiene la necesaria experiencia para desarrollar el servicio de una forma autónoma, dependiendo de “TALHER, S.A.”, que es la empresa vinculada que le avala y, a su vez, “TALHER, S.A.” depende de la actual adjudicataria del servicio “CLECE, S.A.”, que es su administrador único. Por todo ello, entiende que no puede valorarse favorablemente la solvencia técnica, económica y financiera de la mercantil seleccionada cuando ésta apenas acredita dos años y dos meses de existencia y es avalada por empresas vinculadas con la actual adjudicataria.

Seguidamente la reclamante alega que se ha vulnerado el principio de libre competencia en relación con el criterio de adjudicación 12.2. Ello es así, en su opinión, porque, realizada la valoración por la mesa de contratación, se produjo un empate que se resolvió en aplicación de la cláusula 12.2 del pliego que establece lo siguiente: *12.2. En caso de que se produjera empate en la puntuación entre dos o más licitadores, éste se dirimirá en favor de la empresa con mayor porcentaje de trabajadores discapacitados, menor índice de eventualidad, y realización de buenas prácticas en materia de género, conforme a lo dispuesto en el artículo 51.3 de la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos.* Afirma que la empresa seleccionada “ZAINZTEN, S.A.” (que es un centro especial de empleo) acredita un trabajador discapacitado sobre un total 6 empleados. Entienden que ello vulnera el principio de libre competencia, al no tener en cuenta la

plantilla media de las empresas vinculadas “TALHER, S.A.” y “CLECE, S.A.”, que le han servido para acreditar los tres años de solvencia. Esta práctica, afirma, es del todo irregular toda vez que vulnera lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra de 2006, Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, que establece: *“2. Las entidades contratantes excluirán en su actuación cualquier tipo de acuerdo, práctica restrictiva o abusiva que produzca o pueda producir el efecto de obstaculizar, impedir, restringir o falsear la competencia en los términos previstos en la legislación de defensa de la competencia.”*. Además, señala que “ZAINZTEN, S.A.” *“como centro especial de empleo no cumple con que el porcentaje en plantilla con minusvalía sea del 70% de aquélla”*.

Así mismo, la reclamante aduce que se la empresa seleccionada incurre en un incumplimiento de los requisitos establecidos por el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, de centros especiales de empleo de minusválidos.

Finalmente , señala que infringe el artículo 42.2 de la Ley 13/82, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido, modificado por la Disposición Adicional 39 de la Ley 66/97, de 30 de diciembre, ya que dicho artículo establece que la plantilla de los Centros Especiales de Empleo estará constituida por el mayor número de trabajadores minusválidos que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70% de aquélla, dándose la circunstancia de que en el momento de la selección la empresa “ZAINZTEN, S.A.” únicamente cuenta en su plantilla con uno de seis trabajadores minusválido, es decir, un número muy inferior al exigible.

Igualmente afirma que no solo no se cumplen los requisitos, sino que estos se van a seguir incumplimiento, de forma que en el momento de que “ZAINZTEN, S.A.” subrogue a los cuatro trabajadores de limpieza que actualmente prestan servicios en el Archivo Real y General de Navarra, la empresa únicamente contará con un trabajador sobre diez minusválidos. De esta forma, con la selección efectuada se contribuye a que “ZAINZTEN, S.A.”, acceda a dar un servicio público sin reunir el requisito legal previsto para los centros especiales de empleo. En este caso, el Archivo real y General de Navarra no tiene la condición de centro especial de empleo y, por otro lado, los

trabajos que se van a desarrollar son trabajos previstos para trabajadores sin minusvalía alguna, de hecho, van a ser trabajadores subrogados que prestan servicios actualmente.

Por ello, entiende que no reúne los requisitos de creación, calificación e inscripción de un centro especial de empleo, y tampoco la exigencia de que los trabajadores empleados sean minusválidos, ni , atendiendo a la naturaleza jurídica de la sociedad, “ZAINTZEN, S.A.”, los requisitos exigidos en los artículos 5 a 8 del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre. En este sentido, cita la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección3ª) núm. 908/2005 de 4 julio.

Así, entiende que con la selección se está amparando que la empresa seleccionada actúe de una forma contraria a los intereses de los minusválidos y en contra de la regulación de los centros especiales de empleo, siendo que, además, la selección atentaría contra el principio de competencia, toda vez que descarta a otras empresas, como “DISTRIVISUAL, S.L.”, que ha acreditado las solvencia, técnica, económica y financiera (sin empresas vinculadas a ella) y cuenta con una elevada experiencia y, a su vez, un porcentaje de minusválidos del 11%, muy superior al del 3% que exige la Ley.

En definitiva, entendiendo la reclamante que la valoración es arbitraria, contraria a la legalidad y al principio de libre competencia solicita la anulación de la Resolución de selección, con retroacción de las actuaciones al momento de su aprobación a fin de que se concreten los criterios de valoración y se pueda presentar la documentación pertinente a la licitación.

CUARTO.- El día 12 de abril de 2017 el Departamento de Cultura, Deporte y Juventud presentó el expediente del contrato junto con escrito de alegaciones, en el que señala, en síntesis, lo siguiente:

En primer lugar afirma que la reclamante no ha solicitado tener acceso al expediente de contratación por lo que la mayoría de las afirmaciones que realiza sobre la actuación de la Mesa de Contratación se basan en meras suposiciones.

Afirma, además, que el CNAE de la empresa “ZAINZTEN, S.A.” es “*Otras actividades de limpieza industrial*” y que el mismo coincide con el objeto social de la entidad, recogido en la cláusula 5.2 de sus Estatutos, estando la empresa dada de alta en el IAE en el epígrafe correspondiente a servicios de limpieza.

Por otra parte, en relación con el cumplimiento de los requerimientos de solvencia técnica de la empresa seleccionada señala que se consideraron aceptables los trabajos realizados en 2014, 2015 y 2016 puesto que hubiera constituido un exceso de rigor formalista contrario al principio de proporcionalidad en la actuación administrativa limitar la interpretación de “los últimos tres años” a 2013, 2014 y 2015, en contra de los intereses de la licitadora. La entidad contratante aduce que “ZAINZTEN, S.A.” no aludió en ningún momento en su oferta a la relación ni vinculación que podía tener con otras empresas, por lo que tal relación no fue tenida en cuenta por la Mesa de Contratación.

Finalmente responde a la reclamante que en ningún momento se alude ni se desprende que la empresa licitadora tuviera la condición de centro especial de empleo para minusválidos, ni mucho menos que presentara su oferta como tal, por lo que concurrió en condiciones de igualdad con el resto de empresas, sin beneficiarse de ningún tipo de ventaja que pudiera reportarle dicha condición.

En consecuencia, solicita la desestimación de la reclamación.

QUINTO.- El día 21 de abril de 2017, se concedió trámite de alegaciones a los interesados para que pudieran alegar lo que estimasen conveniente. La empresa seleccionada hizo ejercicio de su derecho y presentó alegaciones dentro del plazo establecido, en las que argumenta lo siguiente:

Por un lado y con carácter preliminar “ZAINZTEN, S.A.” afirma que en la reclamación no se concreta en virtud de qué motivo de los establecidos por la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos se presenta la reclamación, a pesar de que dichos motivos se encuentran tasados. También afirma que la reclamación resulta incongruente porque en el suplico de la misma se dice... *“a fin de que se concreten los criterios de valoración, y la futura valoración que se efectúe, lo sea, con respeto a la puntuación máxima en cada caso...”*, que en ningún caso guarda relación con los motivos de impugnación planteados, es por ello que, dado lo incongruente de la reclamación planteada, supone indefensión a esta parte al desconocer cuál es la verdadera motivación de la reclamación planteada, por lo que se debe desestimar en su totalidad la reclamación.

En cuanto a las concretas alegaciones del reclamante, responde en primer lugar que la sociedad “ZAINZTEN, S.A.” es una empresa dedicada a la actividad de limpieza conservación y mantenimiento de edificios y complejos de toda índole y, por tanto, cumple con el objeto del contrato, que es precisamente la limpieza del Archivo. A mayor abundamiento señala que “ZAINZTEN, S.A.” no es centro especial de empleo y que su CNAE es el 7470 y sí se corresponde, por tanto, con actividades de limpieza industrial y de edificios como se exige en el PCAP, por lo que no se produce ni la falta de adecuación del CNAE al objeto del contrato ni la ausencia de relación de su objeto social con el objeto del contrato.

En cuanto a la falta del cumplimiento del requisito de antigüedad de tres años en cuanto al volumen de negocio, alegan el efecto directo de la Directiva 24/2014 que afirma: *“Cuando, por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.”* Conforme a tal criterio, por parte de la interesada se procedió a aportar la relación de las principales asistencias efectuadas durante los años 2014 a 2016, habiéndose considerado válida la misma, al cumplir con el resto de requisitos establecidos en este sentido, respecto de la cuantía y el objeto de los mismos.

Acerca de la limitación y vulneración de la libre competencia en relación con el criterio de adjudicación 12.2, recuerda el contenido del artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, según el cual para realizar el cálculo del porcentaje de minusválidos de la plantilla, en ningún caso se tendrá en cuenta la plantilla de las empresas vinculadas, sino de la plantilla total de la empresa correspondiente que licita en este procedimiento, siendo esta la mercantil “ZAINZEN, S.A.”. Es por ello que en ningún caso ha existido vulneración alguna, debiendo atender única y exclusivamente al porcentaje de la mercantil “ZAINZEN, S.A.”, que asciende al 16,66% de la plantilla.

Para finalizar, en relación con la supuesta vulneración de sus requisitos legales, la empresa recuerda que no es un centro especial de empleo, por lo que tales requisitos no le son de aplicación.

En definitiva, a la vista de todo lo expuesto, solicita la desestimación de la reclamación y la confirmación de la resolución frente a la que se reclama.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 2.1.b) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP), las decisiones que adopte la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (de la que forma parte el Departamento de Cultura, Deporte y Juventud) en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos están sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador participante en el procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesado en la licitación y adjudicación del contrato.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal previsto en el artículo 210.2.b de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación formulada se fundamenta en la falta de solvencia económica y financiera, técnica o profesional del adjudicatario así como en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato, motivos incluidos entre los que de forma tasada señala el artículo 210.3 de la LFCP para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- El primer motivo de impugnación esgrimido por la reclamante es que el objeto del contrato no se corresponde con el CNAE de la empresa seleccionada, por lo que la misma no cumple los requisitos exigidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) para la selección, afirmando que el objeto social de “ZAINZTEN, S.A.” no es la limpieza sino la gestión y ejecución de centros especializados de empleo u otras entidades que pudieran crearse en un futuro con forma idónea de promoción laboral de trabajadores discapacitados.

En relación con la exigencia de que el objeto social de la persona jurídica licitadora tenga relación directa con el objeto del contrato nada dispone la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, a diferencia del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre, que en su artículo 57.1 dispone lo siguiente:

“1. Las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.”

Tampoco el PCAP que rige la licitación impone exigencia alguna en este sentido.

No obstante, como acertadamente manifiesta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 2/2013, de 23 de enero:

“La falta de capacidad de obrar se sanciona, en el artículo 32 TRLCSP (en Navarra en el artículo 126.4 de la LFCP), con la nulidad de pleno derecho del contrato. La capacidad es la aptitud legal para ser sujeto de derechos u obligaciones, o la facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces en derecho. Doctrinalmente se distingue entre capacidad jurídica —o aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones—, que tiene toda persona por el hecho de existir, y capacidad de obrar —o de realizar con validez y eficacia un concreto acto o negocio—. El régimen jurídico de la capacidad no se aborda directamente por la normativa de contratos del sector público, sino que ésta remite a otras normas y sectores del ordenamiento jurídico.

(...)

No existe duda alguna doctrinal sobre la necesidad de que el objeto social de las personas jurídicas licitadoras ampare la actividad concreta del objeto de la prestación que se contrata. Sobre tal necesidad ha sido reiterada la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración del Estado (Informes 4/99, 20/00 y 32/03) y también otras Juntas Consultivas. Es decir, debemos entender que la capacidad de las personas jurídicas se define con carácter general y para cualquier contrato, por su objeto social. Para la acreditación de esta capacidad de obrar dispone el artículo 72.1 TRLCSP: «la capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda según el tipo de persona jurídica de que se trate».

Habrá que atender, por tanto, a la delimitación del objeto social que se contenga en los estatutos de la sociedad. El problema surge cuando los términos de tal

objeto social plantean dudas sobre las prestaciones amparadas por el mismo, porque lo que no se aborda en la legislación de contratos es el alcance o grado de amplitud con que debe estar definido el objeto social, así como la necesidad o no de equivalencia o identidad entre el mismo y las prestaciones objeto del contrato; o bien el suficiente encaje de tales prestaciones dentro de un objeto social definido en términos amplios. En este punto, la ley no exige esa identidad o equiparación de la definición de las prestaciones propias con las del objeto contractual, de modo que entendemos que basta con la simple valoración de hallarse incluidas tales prestaciones en el objeto social. Este criterio ha sido así expresado en el informe 11/2008, de la Junta Consultiva del Gobierno de las Islas Baleares, en el que se afirma: «cabe interpretar el artículo 46.1 LCSP (actual artículo 57 TRLCSP) en un sentido amplio, es decir, que las prestaciones objeto del contrato deben estar comprendidas en los fines, objeto o ámbito de actividad de la empresa, sin que sea necesaria la coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato. Así, es suficiente que se pueda interpretar que las prestaciones objeto del contrato encajan o quedan amparadas o englobadas en estos fines, objeto o ámbito de actividad».

En el caso que nos ocupa, no cabe duda o problema alguno ya que consta en el expediente (página 316 y siguientes) la escritura pública de constitución de la mercantil “ZAINZTEN, S.A.”, de fecha treinta y uno de octubre de dos mil trece, que recoge los Estatutos de la citada sociedad, en cuyo artículo 5º se fija, entre otros, como objeto social el siguiente:

“2. La limpieza, conservación y mantenimiento de edificios y complejos especiales de toda índole, tanto públicos como privados, cualquiera que fuera su destino, así como la de sus áreas adyacentes, jardines e instalaciones deportivas o recreativa-.”

Es claro que este objeto social se adecúa plenamente al objeto del contrato y que, por ello, carece de todo fundamento la impugnación formulada en este sentido por la entidad reclamante.

Es más, en la impugnación que se plantea, fundamentada en que el objeto social de “ZAINZEN, S.A.” no es la limpieza sino la gestión y ejecución de centros especializados de empleo y que esta empresa incurre en un incumplimiento de los requisitos establecidos por el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, de centros especiales de empleo de minusválidos, bien pudiera apreciarse temeridad o mala fe, lo que podría dar lugar a la imposición por este Tribunal de una multa al reclamante en aplicación del apartado 4 del artículo 213 de la LFCP.

A ello no podría oponerse que dentro del amplísimo objeto social de la empresa se incluye la “*gestión y ejecución de centros especializados de empleo*” pues, aun estando contemplada esta posibilidad en el objeto, esto no supone otra cosa que dotar a la sociedad de aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y realizar actos válidos y eficaces en derecho en este campo, pero no le obliga a realizarlos, es una mera posibilidad, y en esta licitación “ZAINZEN, S.A.” no ha manifestado actuar como un “*centro especial de empleo*” ni el PCAP otorga ventaja alguna por serlo. Como bien significa la entidad contratante, la sociedad concurre en condiciones de igualdad con el resto de empresas, sin beneficiarse de ningún tipo de ventaja que pudiera reportarle dicha condición.

No obstante, dado que la reclamación se fundamenta también en otros motivos, este Tribunal entiende que no procede la imposición de la multa referida.

SEXTO.- En segundo término, la reclamante afirma que la seleccionada no cuenta con la suficiente solvencia, conforme a las cláusulas 8 y 9 del PCAP, dado que la empresa no reúne más que dos años y dos meses de vida y, por tanto, no tiene la necesaria experiencia para desarrollar el servicio de una forma autónoma.

La cláusula 8 del PCAP establece lo siguiente:

“El licitador deberá acreditar la solvencia económica y financiera para la ejecución del contrato, entendida como la adecuada situación económica y financiera

de la empresa para que la correcta ejecución del contrato no corra peligro de ser alterada por incidencias de carácter económico financiero.

En el presente contrato dicha acreditación se realizará mediante una declaración sobre el volumen de negocios de la empresa superior a 115.000 euros, IVA INCLUIDO, en cada uno de los tres últimos ejercicios (2013, 2014, 2015), en la medida en que se dispongan de las referencias de dicho volumen de negocios. Si por una razón justificada el licitador no se encontrase en condiciones de presentar las referencias solicitadas, podrá acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que la entidad contratante considere adecuado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos. En este caso, se atenderá a la concurrencia o no de requisitos materiales de fondo.”

Por su parte, la cláusula 9 del PCAP dispone:

“El licitador deberá acreditar la solvencia técnica entendiendo por ella la capacitación técnica o profesional para la adecuada ejecución del contrato.

La solvencia se acreditará de la siguiente forma:

- Relación de las principales asistencias efectuadas durante los tres últimos años (2013, 2014, 2015) en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario público o privado. Para entender que existe solvencia técnica se deberá acreditar haber realizado en cada uno de los tres últimos años (2013, 2014, 2015) uno o más contratos cuya cuantía sume como mínimo 115.000 euros, IVA INCLUIDO, que tengan por objeto asistencias semejantes al del presente contrato. La acreditación se llevará a cabo aportando un certificado emitido por la empresa que recibió la prestación en la que conste la denominación del contrato, el importe anual y total, la fecha de inicio y de finalización y se haga expresa mención de su ejecución de forma satisfactoria. No se aceptará como válida la acreditación realizada por el licitador ni la acreditación mediante certificados donde no se recojan los extremos mencionados.”*

Según consta en las páginas 163 y siguientes del expediente, para justificar su solvencia económica y financiera la empresa “ZAINTZEN, S.A.” presentó, incluida en el sobre nº 1 de su proposición, la siguiente declaración responsable sobre su volumen de negocios:

AÑO 2.014: 1.059.353,92 €

AÑO 2.015: 844.788,60 €

Igualmente, para justificar su solvencia técnica presentó una relación y certificados de los principales trabajos realizados en los últimos tres años. En dicha relación se incluyen contratos que superan el límite económico exigido pero referidos a los ejercicios 2014, 2015 y 2016, presentándose certificados de buena ejecución de contratos de cuantía suficiente solo referidos a los ejercicios 2014 y 2015.

A la vista de la documentación aportada, la Mesa de Contratación designada al efecto acordó, en sesión celebrada con fecha 16 de enero de 2017, lo siguiente:

“Respecto a la empresa Zaintzen S.A. se comprueba que no aporta documentación de la solvencia técnica ni económica de la empresa referente al año 2013. Por lo tanto se le requiere para que, en el plazo de una semana, presente dicha documentación en la forma establecida en las bases 8a y 9a del pliego de cláusulas administrativas particulares.”

Dicho acuerdo se notificó a la empresa el mismo día 16 de enero

Con fecha 19 de enero, la empresa presentó nueva declaración del volumen de negocios con el siguiente contenido:

AÑO 2.014: 1.059.353,92 €

AÑO 2.015: 844.788,60 €

AÑO 2016: 1.043.622,70 €

Así mismo, aportó nuevamente la escritura pública de constitución de la sociedad, debidamente inscrita en el Registro Mercantil, en la que consta que, con fecha 31 de octubre de 2013 la mercantil "TALHER, S.A." funda y constituye una Sociedad Anónima unipersonal que girará bajo la denominación de "ZAINZTEN, S.A.". También consta en dicha escritura que para dicha constitución comparece e interviene don (...), en su propio nombre y derecho y además en nombre y representación como representante físico de la compañía "CLECE, S.A." a su vez Administrador único de la compañía "TALHER, S.A.".

También presentó las cuentas abreviadas anuales de la sociedad, correspondientes al ejercicio 2013, que recogen un importe neto de la cifra de negocios de cero euros.

En la Memoria Abreviada correspondiente al ejercicio terminado el 31 de diciembre de 2013 consta que *“La Entidad es Sociedad dominada Directamente por Talher SA, que a su vez consolida con la Sociedad ACS, Servicios y Concesiones, S.L. y la última consolidación es con ACS, Actividades de construcción y Servicios, S. A.”*.

Finalmente, presenta un certificado en el que se hace constar:

“Que la empresa ZAINZTEN S.A. es adjudicataria del contrato del servicio de limpieza integral del Complejo Deportivo de (...) por un importe de 215.679,47 euros IVA incluido, con un plazo de ejecución del contrato que comprende desde el día 1 de noviembre de 2016 hasta el 30 de abril de 2017. El importe total del servicio durante el año 2016 asciende a 71.893,16 euros IVA incluido.

Que la empresa ZAINZTEN SA es adjudicataria del contrato del servicio de limpieza integral del edificio de piscinas cubiertas del Complejo Deportivo de (...) y exteriores circundantes por un importe de 215.724,85 euros IVA incluido, con un plazo de ejecución del contrato que comprende desde el 22 de septiembre de 2016 hasta el 30 de abril de 2017. El importe total del servicio durante el año 2016 asciende a 98.589,19 euros IVA incluido.

La empresa ZAINZTEN S.A. está ejecutando los referidos contratos siendo desarrollados a entera satisfacción de la entidad contratante”.

Recibida la documentación, la Mesa de Contratación acordó, en sesión celebrada el 24 de enero de 2017, lo siguiente:

“La empresa Zaintzen, tras habersele solicitado subsanación mediante la aportación de un certificado correspondiente a 2013 dado que en su oferta solo figuraban certificados de 2014 y 2015, comunica que su empresa se constituyó con fecha 31 de octubre de 2013 y que le resulta imposible aportar certificados de buena ejecución correspondientes al ejercicio 2013. En consecuencia, dado que los pliegos hablan de asistencias efectuadas durante los tres últimos años la Mesa de Contratación entiende que el año 2016 también computa a estos efectos, de manera que se acepta la presentación por parte de Zaintzen de un certificado de buena ejecución correspondiente a 2016.”

SÉPTIMO.- Según se desprende de sus alegaciones, entiende la entidad contratante que parece que existe una cierta ambigüedad sobre cómo interpretar el contenido de las cláusulas 8 y 9 del PCAP en lo que respecta a la exigencia de declarar el volumen de negocios “*en cada uno de los tres últimos ejercicios*” y a la de aportar la relación de asistencias durante los “*tres últimos años*”, pero este Tribunal no aprecia ambigüedad alguna en las cláusulas citadas.

Teniendo en cuenta que el plazo de presentación de ofertas finalizaba el 2 de enero de 2017 y que este día, conforme a lo previsto en el artículo 10.1 de la LFCP, era el momento en el que debían concurrir los requisitos de capacidad y solvencia en los participantes en la licitación, a lo que se une que a esa fecha es imposible que las sociedades mercantiles tengan cerradas sus cuentas anuales del último ejercicio (2016), la redacción del PCAP es bien clara y ajustada a Derecho exigiendo la justificación de la solvencia con referencia a los ejercicios 2013, 2014 y 2015.

Cuestión distinta es que pudieran existir potenciales licitadores que a esa fecha no podían aportar las referencias exigidas porque hubieran iniciado recientemente sus actividades mercantiles, como ocurre con la empresa finalmente seleccionada.

En este caso, existiendo una razón justificada que impide cumplir lo exigido, el ordenamiento (artículo 13.4 de la LFCP) permite a estas empresas poder participar en el procedimiento mediante la presentación de cualquier otro documento que la entidad contratante considere adecuado, atendiendo a la concurrencia o no de los requisitos materiales de fondo.

En el mismo sentido, el apartado 3 del artículo 60 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE establece: *“Cuando, por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas (para acreditar su solvencia económica y financiera) por el poder adjudicador, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado”*.

Incluso el propio PCAP, en su cláusula 8, incluye esta previsión al determinar *“Si por una razón justificada el licitador no se encontrase en condiciones de presentar las referencias solicitadas, podrá acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que la entidad contratante considere adecuado”*.

En ejercicio de esta potestad discrecional, la Mesa de Contratación entendió que la declaración del volumen de negocios referida a los ejercicios 2014, 2015 y 2016 era suficiente y apropiada para acreditar la solvencia económica y financiera exigida.

Para evaluar el ejercicio de esta potestad discrecional debemos tener en cuenta, como hemos señalado en varios Acuerdos (entre otros, 5/2013, de 16 de mayo, 6 /2013, de 16 de mayo, 34/2013, de 16 de octubre, 4/2014, de 17 de febrero o el reciente 26/2017, de 1 de junio) que la discrecionalidad administrativa no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste. Y es que, como señala el

Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 5 de mayo de 1994: *“lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios; en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales -artículo 103.1 de la Constitución Española, y, por lo tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquier otra ilícita”*.

El mismo Tribunal Supremo manifiesta en la Sentencia de 9 de julio de 2010 lo siguiente: *“con carácter general, la motivación de los actos administrativos precisa, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo, cuya reiteración excusa cita, de una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada (...), poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa adoptada. Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE”*. Es decir, la motivación exigible en las resoluciones administrativas es aquella que permite conocer, por los propios interesados y por los órganos administrativos o judiciales que hayan de realizar su control de legalidad, las razones que han conducido a su adopción.

Finalmente, el Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 10 de mayo de 2017, determina lo siguiente:

“Pues bien, la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara

cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados. Por lo demás, la jurisprudencia insiste en que la discrecionalidad, incluida la discrecionalidad técnica, no equivale a arbitrariedad y en que pueden ser perfectamente cuestionadas las decisiones que la invoquen como todas las que supongan el ejercicio de cualquier potestad discrecional. En el control judicial de esa discrecionalidad, son revisables los hechos determinantes de la decisión administrativa además de que su ejercicio deba respetar los principios generales del Derecho, entre ellos el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

Además, en relación con la exclusión de licitadores por causas objetivas relacionadas con la aptitud profesional, debemos tener en cuenta que, como significa el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus Sentencias de 16 de diciembre de 2008 (Michaniki AE contra Ethniko Symvoulio Radiotileorasis) y 19 de mayo de 2009 (Assitur contra Camera di Comercio; Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano), en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos constituye un principio general del Derecho comunitario el principio de proporcionalidad y que las medidas que se adopten para garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia, no deben exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo.

A juicio de este Tribunal, en el caso que nos ocupa, la decisión adoptada por la Mesa en relación con la solvencia económica y financiera parece proporcionada, razonada y razonable y se aprecia la concurrencia en la empresa seleccionada de los requisitos materiales de fondo exigidos en el PCAP, por lo que la reclamación también debe ser desestimada en este punto.

También aquí debemos significar que la empresa reclamante alude a circunstancias inexistentes para fundamentar la reclamación cuando afirma que la empresa seleccionada “no reúne la necesaria experiencia para desarrollar el servicio de una forma autónoma, dependiendo de TALHER SA, que es la empresa vinculada que

le avala". Este referido "*aval*" no consta en el expediente ni tampoco se oferta participación alguna de "TALHER, S.A." en la ejecución del contrato, aunque sí la vinculación entre las mercantiles, por lo que la manifestación gratuita de la reclamante, como en el caso anterior, roza la temeridad o la mala fe.

OCTAVO.- Significado que en lo que concierne a la solvencia económica y financiera de "ZAINZTEN, S.A." para la ejecución del contrato entendemos correcta la actuación de la Mesa de Contratación, y aplicando los mismos principios anteriormente señalados en lo relativo a la solvencia técnica, la reclamación tampoco puede prosperar.

Consta en el expediente, como se ha dicho, que la mercantil presentó certificados de buena ejecución de contratos de cuantía suficiente referidos a los ejercicios 2014 y 2015 y consta, también, que en el trámite de subsanación aportó otro certificado de buena ejecución en el que consta:

- Que la empresa es adjudicataria de un contrato por un importe de 215.679,47 euros, IVA incluido, con un plazo de ejecución del contrato que comprende desde el día 1 de noviembre de 2016 hasta el 30 de abril de 2017. El importe total del servicio durante el año 2016 asciende a 71.893,16 euros, IVA incluido.
- Que la empresa es adjudicataria de otro contrato por un importe de 215.724,85 euros, IVA incluido, con un plazo de ejecución del contrato que comprende desde el 22 de septiembre de 2016 hasta el 30 de abril de 2017. El importe total del servicio durante el año 2016 asciende a 98.589,19 euros, IVA incluido.

En resumen, en lo que aquí interesa, la empresa acredita que ha ejecutado en 2016 dos contratos con un importe de 71.893,16 euros y de 98.589,19 euros, IVA incluido, lo que da una suma de 170.482,35 euros, IVA incluido, que es una cantidad superior a los 115.000 euros exigidos en la cláusula 9 del PCAP.

NOVENO.- Finalizado el procedimiento de adjudicación se produjo un empate en la valoración otorgada a las ofertas de la empresa finalmente seleccionada y de la empresa ahora reclamante. Para dirimir el empate la Mesa de Contratación, según

consta en el acta de la reunión celebrada el día del 13 de febrero de 2017 (página 288 y siguientes del expediente), acordó “*requerirles para que en el plazo de una semana presenten la documentación referida en el artículo 51.3 de la Ley Foral 6/2006 de Contratos Públicos*”, que dispone:

“3. Cuando por la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se produjera empate en la puntuación entre dos o más licitadores, éste se dirimirá a favor de la empresa que tenga un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad, siempre que éste no sea inferior al 3 por 100; en su defecto o persistiendo el empate, a favor de la empresa con un menor porcentaje de trabajadores eventuales, siempre que éste no sea superior al 10 por 100 y, en su defecto o persistiendo empate, a favor de la empresa que acredite la realización de buenas prácticas en materia de género.”

A tal efecto, la Mesa de Contratación o la unidad gestora del contrato requerirán la documentación pertinente a las empresas afectadas, otorgándoles un plazo mínimo de cinco días para su aportación.

En los casos en que en aplicación de los criterios anteriores persistiera el empate, éste se resolverá mediante sorteo.”

Pese a no ser necesario, dicha previsión legal venía casi literalmente reproducida en la cláusula 12.2 del PCAP:

“12.2. En caso de que se produjera empate en la puntuación entre dos o más licitadores, éste se dirimirá en favor de la empresa con mayor porcentaje de trabajadores discapacitados, menor índice de eventualidad, y realización de buenas prácticas en materia de género, conforme a lo dispuesto en el artículo 51.3 de la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos.”

En relación con estas actuaciones y apoyándose nuevamente en consideraciones sin ningún fundamento, la reclamante afirma que se ha vulnerado el principio de libre competencia en la aplicación del citado apartado 2 de la cláusula 12 del PCAP.

Y decimos que las afirmaciones de la reclamante carecen de fundamento ya que las empresas interesadas aportaron la siguiente documentación:

- “ZAINZTEN, S.A.” aportó declaración responsable en la que se dice que *“el número global de trabajadores de plantilla en la empresa ZAINZTEN S.A. es SEIS (6) personas, siendo el número particular de trabajadores con resolución de discapacidad en la empresa con contrato indefinido de UNO (1), lo que representa un 16,66 % de la plantilla total de la empresa en Navarra”*. A la declaración añadió certificado emitido por la Tesorería de la Seguridad Social que avala lo declarado.
- “DISTRIVISUAL, S.L.” aportó declaración responsable en la que se afirma que, a fecha de presentación de la declaración, la empresa cuenta con 62 trabajadores con discapacidad, siendo el número total de trabajadores de la empresa de 542, por lo que el porcentaje de trabajadores con discapacidad respecto al número de trabajadores de la empresa es de un 11,4 %,

Es evidente que el porcentaje de trabajadores con discapacidad es superior en el caso de “ZAINZTEN, S.A.”, el 16,66 %, que en el de “DISTRIVISUAL, S.L.”, el 11,4 %.

A ello no se puede oponer, como hace la reclamante, que la empresa seleccionada, “ZAINZTEN, S.A.”, es un centro especial de empleo (cuestión ya debatida en los fundamentos que preceden) ni que no se ha tenido en cuenta la plantilla media de las empresas vinculadas “TALHER, S.A.” y “CLECE, S.A.” que, según dice, le han servido para acreditar los tres años de solvencia, puesto que esta última afirmación es radicalmente falsa.

Por todo ello, la decisión de la Mesa de Contratación se ajusta a lo previsto en el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2) de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por doña A.J.D., en representación de “DISTRIVISUAL, S.L.”, frente a la Resolución 66/2017, de 14 de marzo, de la Dirección General de Cultura-Institución Príncipe de Viana, por la que se selecciona a las empresas para el Servicio de limpieza de las oficinas e instalaciones ubicadas en el edificio del Archivo Real y General de Navarra durante el año 2017.

2º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

3º. Notificar este Acuerdo a “DISTRIVISUAL, S.L.”, a Dirección General de Cultura-Institución Príncipe de Viana del Departamento de Cultura, Deporte y Juventud y a todos los demás interesados que figuren en el expediente, y ordenar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

Pamplona, a 26 de junio de 2017. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava.
LA VOCAL, Ana Román Puerta. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.