

Este documento se ha obtenido directamente del original que contenía todas las firmas auténticas y se han ocultado los datos personales protegidos y los códigos que permitirían acceder al original.

Recurso nº 013/2022
Resolución nº 047/2022

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 3 de febrero de 2022, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de CORTIJO CUEVAS, S.L.U. (en adelante CORTIJO) contra el Acuerdo de la mesa de Contratación por el que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato “Suministro y distribución de frutas a los alumnos de los centros escolares de la Comunidad de Madrid participantes en el Programa Escolar de Consumo de frutas, hortalizas y leche de la Unión Europea para el curso 2021/2022” de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura número de expediente A/SUM-011309/2021, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 5 de noviembre de 2021 en Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en BOCM y el 8 de noviembre de 2021 en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes

El valor estimado de contrato asciende a 1.968.704,6 euros y su plazo de duración será de cuatro meses

A la presente licitación se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- El 30 de noviembre de 2021 la Mesa de Contratación acuerda elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicación a la empresa CORTIJO CUEVAS realizando el 9 de diciembre de 2021 requerimiento de la documentación exigida en cumplimiento del artículo 150.2 de la LCSP. Ese mismo día el órgano de contratación realiza consulta telemática, ante la ausencia de oposición de la empresa, de los documentos disponibles. Entre ellos se encuentra el certificado negativo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria por no estar al corriente de pago de deudas tributarias en periodo ejecutivo.

Requerida la empresa presenta:

-Denegación de certificado de la AEAT que incluye una relación de la deuda pendiente de pago en plazo de pago ejecutivo de 99,03 euros y una providencia de apremio que señala que el día 20 de agosto de 2021 finalizó el plazo del pago voluntario sin que haya sido satisfecha la deuda de referencia. Fue presentado el 17 de diciembre de 2021.

-Certificado positivo de la AEAT aportado con fecha 21 de diciembre de 2021.

El 10 de enero de 2022 la Mesa acuerda excluir a dicha empresa por no quedar acreditado que en la fecha final de presentación de ofertas estuviese al corriente de sus obligaciones tributarias considerando insubsanable este requisito conforme a la doctrina establecida en la STS nº 1210/2020, de 28 de septiembre de 2020, recaída en el Recurso nº 8006/2018 y a lo dispuesto en la Resolución 427/2021, de 17 de septiembre, del TACP de la Comunidad de Madrid, recaída en el

Recurso 418/2021.

A la vista de esta exclusión la Mesa acuerda no otorgar plazo de subsanación o aclaraciones en relación con otros requisitos previos no acreditados, entre otros. La solvencia técnica y la disposición de una póliza de seguros ajustada a lo establecido en el PCAP.

Tercero.- El 16 de enero de 2022 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de CORTIJO en el que solicita que se anule el acuerdo de exclusión y la suspensión del procedimiento de licitación.

El 19 de enero de 2022 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) solicitando la desestimación del recurso y estimando la medida cautelar solicitada dado que el asunto afecta directamente a la adjudicación.

El 26 de enero de 2022 el recurrente presenta un certificado de la Agencia Tributaria en el que consta que el interesado se encontraba en fecha de 4 al 19 de noviembre de 2021 al corriente en obligaciones tributarias a los efectos de obtener una subvención otorgada por las Administraciones Públicas.

Cuarto.- No procede pronunciarse sobre las medidas cautelares solicitadas por pasar directamente a resolver el fondo del asunto.

Quinto .- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de

la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 10 de enero de 2022, publicado el 14 de enero en la Plataforma de la Contratación del Sector Público, e interpuesto el recurso el 16 de enero de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto alega el recurrente que en cumplimiento del requerimiento efectuado por el órgano de contratación el 28 de diciembre de 2021 presenta un certificado positivo acreditativo de la ausencia de deudas con fecha de expedición de 21 de diciembre de 2021. Además, había obtenido con carácter previo un certificado de la AEAT de fecha 13 de octubre de 2022 con carácter positivo que es plenamente válido y eficaz pues de acuerdo con el artículo 16 del RDRLCAP estos certificados tienen una validez durante seis meses desde la fecha de su expedición, por lo que ha cumplido con el requisito previo pues no han pasado seis meses desde la fecha de emisión y la finalización del plazo de presentación de ofertas por lo que considera que la mercantil carecía de deudas en el momento de presentación de la oferta.

Así manifiesta el recurrente que lo mínimo que hubiera sido exigible es un derecho de contradicción o alegaciones para demostrar que estaba al corriente de sus obligaciones tributarias y requerido de subsanación.

No obstante, alega que no había deudas en periodo ejecutivo porque el recibo pendiente de pago no había sido notificado a la recurrente. La única deuda que pudiera entenderse en ejecutiva, es una deuda, por importe de 90,03 €, reclamada por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y que corresponde a la tasa de inspección de contador de suministro, pero dicha deuda no fue notificada en periodo voluntario, sino que tuvo conocimiento en periodo ejecutivo el día 5 de diciembre de 2021.

Considera que el error padecido en la notificación de la deuda queda acreditado, aunque ha solicitado a la Confederación Hidrográfica confirmación de tales extremos.

Por su parte el órgano de contratación opone que consultada la empresa en la aplicación Intercambio de Datos (ICDA) el certificado de la AEAT era negativo y que la administración no puede “chequear” el certificado positivo de octubre que alega el

recurrente porque no obra en poder de la Mesa de contratación en ningún momento, salvo ahora, que se aporta en vía de recurso.

Continúa alegando que el 17 de diciembre de 2021 la empresa presenta un certificado de la AEAT que incluye providencia de apremio que determina que el 20 de agosto finalizó el plazo de pago voluntario y que el 21 de diciembre presenta en plazo un certificado positivo.

El hecho de la certificación de octubre fuera positiva no significa que no existieran deudas pues solo una vez que se inicia el procedimiento ejecutivo tiene conocimiento la AEAT de su impago.

Es decir, en octubre, no se había dictado providencia de apremio, con lo cual, la AEAT desconocía la deuda tributaria, de ahí el certificado positivo, pero la deuda existía. Existe desde el 20 de agosto de 2021, según la denegación de certificado de la AEAT aportado por la propia empresa. Esta deuda existe y de la documentación aportada no se deduce que esté aplazada, fraccionada o se hubiera acordado su suspensión con ocasión de la impugnación de la correspondiente liquidación, como permite el art 71.1. d) de la LCSP.

Por consiguiente, el certificado positivo de octubre no empece a que el 22 de noviembre- fecha fin de presentación de las ofertas – no tuviera una deuda tributaria, porque de hecho esta existe, ya que fue pagada el 9 de diciembre, tras la notificación del apremio.

El licitador justificó el pago en diciembre, pero no ha aportado en ningún momento la impugnación del apremio por falta de notificación de la deuda en periodo voluntario que arguye. Menciona en su alegación segunda que ha solicitado a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir la confirmación de lo que alega, pero no presenta nada que confirme dicha actividad: ni certificado de la CHG, ni la mera solicitud de dicho certificado.

La ausencia de estar incurso en una prohibición de contratar es un requisito que, junto con el resto de condiciones de aptitud o capacidad para contratar con el sector público, debe concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato, tal y como dispone el artículo 140.4 de la LCSP.

Por tanto, aunque se admitiese a fecha actual el certificado de octubre, y de esta forma, a fin de plicas, sí hubiese cumplido con sus obligaciones tributarias y a pesar del abono de la deuda a 21 de diciembre, de la documentación obrante en el expediente, se deduce que la ausencia de estar incurso en una prohibición de contratar no ha subsistido en todo instante entre estos dos momentos procedimentales.

En defensa de sus pretensiones cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2020:

A fin de eliminar cualquier controversia al respecto, la LCSP de 2017 ha optado por regular expresamente tal requisito de la "subsistencia" en su artículo 140.4, (siendo así que la definición del término "subsistir", según la RAE, significa "permanecer, durar o conservarse"), por lo que el tenor literal de la nueva LCSP nos dice que los requisitos de aptitud (todos ellos) deben mantenerse ininterrumpidamente entre el momento de finalización del plazo de presentación de las proposiciones y la formalización del contrato.

A falta de Jurisprudencia sobre la cuestión que nos ocupa, han sido los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales los que han venido sentado desde sus inicios una clara y prácticamente unánime doctrina en la que se requiere la permanencia ininterrumpida de la situación empresarial de estar al corriente de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social entre la licitación y la adjudicación del contrato.

En dicha Sentencia se hace referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de febrero de 2006, asuntos acumulados 226/2004 y 228/2004 que en su apartado 33 recoge:

33 Por consiguiente, se considera que ha cumplido sus obligaciones el candidato que, en el plazo a que se refiere el apartado 31 anterior, haya realizado la totalidad de los pagos relativos a sus deudas en materia de seguridad social y tributarias, sin perjuicio de los casos de regularización posterior y de interposición de un recurso administrativo o judicial que se examinan en los apartados 34 a 39 de la presente sentencia. No pueden bastar el mero principio de pago en el momento considerado, ni la prueba de la intención de pago, ni tan siquiera la prueba de la capacidad económica de regularización más allá de ese momento, so pena de violación del principio de igualdad de trato de los candidatos"

Por último, la sentencia se remite al artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, relativo a la subsanación de defectos u omisiones subsanables.

Subraya que en este caso no cabe subsanación, dado que se ha incumplido uno de los requisitos exigidos.

Así, según la Resolución 427/2021, de 17 de septiembre, del TACP de la Comunidad de Madrid, que remite a la numerosa doctrina sobre el tema, "no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indubitable", pues en este caso, la ausencia de deudas no existía.

Concluye la Sentencia: De permitirse la subsanación en el momento de formalización del contrato haría de mejor condición a los licitadores deudores que podrían no satisfacer sus deudas hasta el momento de la adjudicación.

Vistas las alegaciones de las partes es preciso remitir a los siguientes preceptos:

El artículo 65.1 de la LCSP establece que *“sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional(..)”*.

Por su parte, el artículo 71.1.d) dispone que *“no podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: (...)* d) *No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes en los términos que reglamentariamente se determinen”*.

El artículo 140.1.a) de la LCSP señala que las proposiciones en el procedimiento abierto deberán ir acompañadas de *“una declaración responsable que se ajustara al formulario de documento europeo único de contratación (...) en la que se ponga de manifiesto lo siguiente (...)*

3º Que no está incurso en prohibición de contratar por si misma ni por extensión como consecuencia de la aplicación del artículo 71.3 de la LCSP”.

Si bien el artículo 140.1 de la LCSP exige únicamente al licitador propuesto como adjudicatario acreditar estar al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias tal requisito debe cumplirse desde el momento de presentar las proposiciones, es decir también cuando se firma la declaración responsable o el DEUC. En cuanto al momento en que debe cumplirse el requisito también el artículo 140.4 de la LCSP dispone que, la ausencia de prohibiciones de contratar deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato.

El artículo 150.2 de la LCSP, establece que “Una vez aceptada la propuesta de la Mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta de conformidad con el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad”, añadiendo que “de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose, en ese caso, a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas”.

En el PCAP, cláusula 1, apartado 3 se establece:

“Documentación acreditativa de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes y de que no existen deudas en periodo ejecutivo con la Comunidad de Madrid.

El órgano de contratación consultará por medios electrónicos que el licitador se halla al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, salvo que conste su oposición expresa, en cuyo caso deberá presentar la siguiente documentación:(..)”

De acuerdo con lo anterior, al no constar oposición expresa por el licitador, el órgano de contratación consultó la situación tributaria del recurrente. Consta en el expediente el certificado negativo de fecha 9 de diciembre de 2021.

En contestación al requerimiento efectuado por la administración, el recurrente presenta un certificado negativo de fecha 15 de diciembre de 2021 por no estar al corriente en el pago de deudas en periodo ejecutivo cuya ejecución no se encuentra suspendida ni están aplazadas ni fraccionadas. Además, se evidencia,

mediante la providencia de apremio de 4 de diciembre de 2021, que el 20 de agosto de 2021 finalizó el plazo de pago de periodo voluntario sin que haya sido satisfecha la deuda. Posteriormente, presenta un certificado positivo fechado el 21 de diciembre de 2021.

En relación con lo alegado por el recurrente sobre que en octubre tenía un certificado positivo cuya validez era suficiente para acreditar que estaba al corriente en obligaciones tributarias en el momento de presentar su oferta, no se puede acoger esta pretensión del recurrente por dos motivos: en primer lugar porque dicho documento no se incorporó en la oferta y en segundo lugar porque de la documentación aportada se pone de manifiesto que el 20 de agosto de 2021 tenía deudas con la AEAT que subsisten hasta el 21 de diciembre de 2021 en el que consta el certificado positivo. En consecuencia, en el momento de la fecha final de presentación de ofertas, 22 de noviembre de 2021, no se encontraba al corriente de obligaciones tributarias que es una causa de prohibición para contratar con la administración motivo por el que la Mesa acordó su exclusión.

Una vez presentado el recurso, posteriormente el interesado presenta un certificado de la Agencia Tributaria de fecha 26 de enero en el que consta que se encuentra al corriente en obligaciones tributarias durante el periodo del 4 al 19 de noviembre. Al respecto indicar que ahora en vía de recurso no procede aportar documentación nueva. No obstante, este documento no es válido para acreditar que se encontraba al corriente en obligaciones tributarias a los efectos que aquí interesa por varios motivos:

1 -Este certificado se emite a efectos de obtener una subvención otorgada por las Administraciones Públicas, de acuerdo con lo establecido por la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, o financiada con cargo a fondos de la Unión Europea, de acuerdo con la normativa comunitaria aplicable y con las normas nacionales de desarrollo o transposición de aquella, o un beneficio en la cotización a la Seguridad Social, de conformidad con su normativa reguladora.

2 -El certificado indica que se encontraba al corriente en fecha de 4 a 19 de noviembre de 2021 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.

3- El certificado se expide al efecto exclusivo mencionado y su contenido no puede afectar al resultado de actuaciones posteriores de comprobación o investigación.

En definitiva, el reiterado certificado se expide a los efectos exclusivos mencionados, entre los que no se encuentra a los efectos de contratar con el Sector Público, de acuerdo con lo establecido en la Ley 9/2017, tampoco consta que en la fecha final de presentación de ofertas estuviera al corriente de obligaciones tributarias, esto es, el 22 de noviembre de 2021 y además su contenido no puede afectar al resultado de actuaciones posteriores de comprobación o investigación.

Por ello, analizando el conjunto de la documentación obrante en el expediente, se pone de manifiesto que según consta en la providencia de apremio de 4 de diciembre de 2021, el 20 de agosto de 2021 finalizó el pago de la deuda existente con AEAT en periodo voluntario y que subsiste hasta el 21 de diciembre de 2021 en el que consta el certificado positivo.

Por lo que se refiere a los errores alegados por el recurrente en la notificación de la deuda de referencia, son cuestiones ajenas a este Tribunal. No obstante, a mayor abundamiento tal y como indica el órgano de contratación al margen de la documentación aportada en vía de recurso no adjunta la solicitud que dice haber presentado ante la Confederación Hidrográfica para que certifique esa notificación defectuosa de la deuda.

Tal y como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de septiembre

de 2020 *“De permitirse la subsanación en el momento de formalización del contrato haría de mejor condición a los licitadores deudores que podrían no satisfacer sus deudas hasta el momento de la adjudicación”*.

En consecuencia, se desestima el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de CORTIJO CUEVAS, S.L.U. contra el Acuerdo de la mesa de Contratación por el que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato “Suministro y distribución de frutas a los alumnos de los centros escolares de la Comunidad de Madrid participantes en el Programa Escolar de Consumo de frutas, hortalizas y leche de la Unión Europea para el curso 2021/2022” de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura, número de expediente A/SUM-011309/2021,

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 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: REVENGA ORTEGA ANA MARÍA
Fecha: 2022.02.07 11:57