

Recurso nº 075/2024
Resolución nº 096/2024

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 07 de marzo de 2024, 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 de la empresa ATIMO, S.L., contra su exclusión del expediente de contratación A/SUM/019006/2023 “Acuerdo Marco para el suministro de material bibliográfico en los centros de la red de lectura de la Comunidad de Madrid (2 lotes)”, de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte, de este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. – El anuncio de licitación se publica el 11 de septiembre en la Plataforma de Contratación de la Comunidad de Madrid y en el DOUE. Y el 14 de septiembre en el BOCM.

El valor estimado alcanza los 10.560.000,00 euros, para un plazo de ejecución de cuatro años.

Segundo. - El acuerdo marco tiene por objeto seleccionar empresas para el suministro de material bibliográfico (libros) para los CENTROS DE LA RED DE

LECTURA de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con lo establecido en este documento y en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP).

Existen dos lotes, libros para adultos y libros infantiles y juveniles.

Los licitadores solo pueden concurrir a un lote y no existe número mínimo ni máximo de adjudicatarios por lote.

La acreditación de la personalidad y capacidad de obrar se lleva a cabo (punto 1.1. cláusula 16):

...1.- Acreditación de la personalidad del empresario y su capacidad de obrar.

1.1.- Si la empresa fuera persona jurídica, la escritura de constitución o modificación, en su caso, inscrita en el Registro Mercantil cuando este requisito fuera exigible conforme a la legislación mercantil que le sea aplicable. Si no lo fuere, la escritura o documento de constitución, estatutos o acto fundacional en el que consten las normas por las que se regula su actividad, inscritos, en su caso, en el correspondiente Registro. Estos documentos deberán recoger el exacto régimen jurídico del empresario en el momento de la presentación de la proposición...

Tercero.- La Mesa de contratación de 1 de febrero de 2024 establece como criterio: *“Se fija como criterio por parte de la mesa que las empresas en cuyo objeto social no conste específicamente la compra y venta de libros no serán aceptadas a pesar de que la inscripción en el Impuesto de Actividades Económicas esté dentro del epígrafe “659.4 - Comercio al por menor de libros, periódicos, artículos de papelería y escritorio y artículos de dibujo y bellas artes, excepto en quioscos situados en la vía pública”, ya que dicho epígrafe es muy amplio y no justifica la capacidad de obrar de las empresas”.*

En dicha mesa ATIMO es excluida porque *“El objeto social de la empresa no se corresponde con el objeto del contrato”*.

El acta correspondiente a esta sesión se publica el 6 de febrero de 2024.

Cuarto. - En fecha 17 de febrero de 2024 ATIMO, S.L. presenta recurso especial en materia de contratación, solicitando la anulación de su exclusión y su inclusión como adjudicataria en el Lote 1.

Quinto. - El 29 de febrero de 2024, 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 transpone 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 (en adelante LCSP).

Sexto. - No se ha estimado procedente dar traslado para alegaciones a los 75 adjudicatarios del Lote 1, porque no existe límite en el número de adjudicatarios, no afectándoles la inclusión de uno más, y las alegaciones del recurrente y el órgano de contratación son el único fundamento de la resolución (artículo 82.4 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

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 como licitadora excluida del procedimiento, a tenor del artículo 48 de la LCSP, al considerar que sus

derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se han visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acto impugnado fue publicado el día 6 de febrero de 2024, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 17 de febrero de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra la exclusión de un Acuerdo Marco que tiene por objeto seleccionar empresas para la realización del suministro de material bibliográfico (libros), cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2. b) de la LCSP.

Quinto. - En cuanto al fondo del asunto, la recurrente alega que su objeto social comprende el objeto del contrato. En el objeto social de la Escritura de Constitución de la Sociedad, con respecto al objeto social, se afirma que comprende las actividades de reprografía, papelería y escritorio, fotografía, compraventa de inmuebles.

Afirma el recurrente que, en nuestro objeto social que figura en la escritura de constitución, dice que "...Artículo 29. OBJETO, La Sociedad tiene por objeto: "... *El almacenaje y venta de material y artículos de papelería y escritorio*". Estamos inscritos en el IAE correspondiente, el 659.4, aquel que la Mesa desecha porque afirma que es "muy amplio".

Cita diversos procedimientos con el mismo objeto de los que es adjudicataria y alega que no existe límite en cuando al número de adjudicatarios del Acuerdo Marco.

La actuación de la Mesa vulnera la promoción de las PYMES de la LCSP y los principios de publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato, y eficiente utilización de los fondos públicos que informan la contratación.

El órgano de contratación recuerda el acuerdo de la Mesa sobre el alta en el epígrafe 659 del IAE., que es un tributo, no un instrumento para medir la capacidad jurídica de las empresas. Se cita dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 2/2013, de 23 de enero, considera que *“Los estatutos sociales de una empresa delimitan su objeto social, y por lo tanto su capacidad de obrar; y los certificados de alta y estar al corriente del IAE, que lo que acreditan es el cumplimiento por las empresas de sus obligaciones tributarias. Es decir, tales documentos constatan que la empresa ha realizado en algún momento tales actividades sometidas al IAE, y ha cumplido con sus correspondientes obligaciones tributarias, pero ello no constituye el medio de delimitación del ámbito de actividades de una empresa, que podría haber realizado las mismas sin tener capacidad para ello”*.

El hecho de que la recurrente haya sido adjudicataria de otros acuerdos marco o contratos celebrados por órganos de contratación distintos a la Consejería de Cultura, Turismo o Deporte no puede ser tenido en cuenta como justificación de su capacidad de obrar. Se acude a la discrecionalidad técnica de cada órgano de contratación.

Se recoge la definición de librería o librero de la Confederación Española de Gremios y Asociaciones de Libreros y de Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas: *“persona natural o jurídica que se dedica, exclusiva o principalmente, a la venta de libros”, “más de la mitad de su facturación proviene de la venta de libros”*.

Destaca en ambas definiciones la necesidad de que la actividad principal sea la venta de libros.

Si acudimos al artículo 2 de los Estatutos de la compañía, documento adjunto a la Escritura de Constitución de la sociedad de fecha 7 de marzo de 1995, ésta tiene por objeto:

- La explotación de Centros de Reprografía.
- El almacenaje y venta de material y artículos de papelería y escritorio.
- El almacenaje, procesamiento y venta de material y artículos de fotografía y audiovisuales.
- La compra-venta, alquiler, explotación, construcción, promoción, mediación, corretaje, administración, gestión y asesoramiento de bienes inmuebles, rústicos o urbanos, ya sean propios o ajenos.

En conclusión, la venta de libros no consta ni como actividad principal ni como secundaria, concluye el órgano de contratación.

El artículo 65.1 de la LCSP dispone (condiciones de aptitud):

...1) Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas...

Y el 66.1 de la misma:

...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...

Por su parte el artículo 140.1 en cuanto al cumplimiento de los requisitos previos:

...1) En relación con la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, se observarán las reglas establecidas a continuación:

a) Las proposiciones en el procedimiento abierto deberán ir acompañadas de una declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación de conformidad con lo indicado en el artículo siguiente, que deberá estar firmada y con la correspondiente identificación, en la que el licitador ponga de manifiesto lo siguiente:

1.º Que la sociedad está válidamente constituida y que conforme a su objeto social puede presentarse a la licitación, así como que el firmante de la declaración ostenta la debida representación para la presentación de la proposición y de aquella...

Los contratos celebrados con empresas sin capacidad de obrar son nulos de pleno derecho (artículo 39 LCSP):

...Artículo 39. Causas de nulidad de derecho administrativo.

...2) Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes:

a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta

proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71...

Lo que exige la norma es que el objeto social de la licitadora se corresponda con el de la licitación, pero no una correspondencia literal, sino que el objeto del contrato esté “comprendido” dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios”.

A estos efectos es indiferente el epígrafe o epígrafes de la matrícula del Impuesto de Actividades Económicas en el que esté inscrito, que no se considera por la norma una forma de acreditar la capacidad de obrar. Es más, la inscripción se produce por la declaración del sujeto a impuesto, sin perjuicio de las comprobaciones que se puedan verificar. La inscripción en el IAE no acredita el objeto social.

De las dos actividades recogidas en los estatutos, la papelería, escritorio y reprografía no comprende la venta de libros. El resto menos.

La AEAT certifica que está dada de alta en el epígrafe IAE: 659.4 - comercio menor libros, periódicos, revistas. Sin embargo, el alta en la matrícula del Impuesto de Actividades Económicas no se admite por la LCSP como acreditativa del objeto social. Esta inscripción se produce por la mera declaración del empresario y tiene efectos tributarios, sin perjuicio de su comprobación por la administración tributaria.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del 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 de la ATIMO, S.L., contra su exclusión del expediente de contratación A/SUM/019006/2023 “Acuerdo Marco para el suministro de material bibliográfico en los centros de la red de lectura de la Comunidad de Madrid (2 lotes)”, de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte.

Segundo. - Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la multa 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.

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: DIAZ BENITO PEDRO
Fecha: 2024.03.11 12:07