



**Recurso nº 092/2012**

**Resolución nº117 /2012**

## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 23 de mayo de 2012.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J.L.A., en representación de la Unión Temporal de Empresas a constituir por las mercantiles PEGAMO EQUIPAMIENTO FERROVIARIO, S.L. y GOMYL, S.A.U. contra la resolución de 19 de diciembre de 2011, y su posterior notificación de 9 de abril de 2012, del Consejero Delegado-Director General de la sociedad Valladolid Alta Velocidad 2003, por la que se adjudica en procedimiento abierto el contrato de suministro del Lote 2 de maquinaria para el nuevo complejo ferroviario de Valladolid, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** La sociedad Valladolid Alta Velocidad 2003, S.A. convocó, mediante anuncio publicado en su perfil de contratante el 26 de julio de 2011 y el 29 de julio de 2011 en los diarios El Norte de Castilla, El País, El Día de Valladolid y Diario de Valladolid, licitación para la adjudicación, por procedimiento abierto, del contrato de suministros arriba citado con presupuesto de licitación de 3.393.282,20 euros (IVA excluido). A la licitación de referencia presentó oferta la UTE recurrente.

**Segundo.** La licitación se llevó a cabo por procedimiento abierto, teniendo la condición de contrato privado en base a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), hoy texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP en adelante) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Mediante resolución del órgano de contratación de Valladolid Alta Velocidad de 19 de diciembre de 2011, se acordó la adjudicación del contrato a favor de AIR-RAIL, S.L., la cual fue notificada a la recurrente.

**Tercero.** Con fecha 20 de enero de 2012, la ahora recurrente presentó en el registro de Valladolid Alta Velocidad recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del referido contrato, dirigido a este Tribunal, solicitando en su “*suplico*” se declare la disconformidad a derecho del acto de adjudicación, se ordene la retroacción de actuaciones procedimentales al momento anterior al acto de adjudicación para que se motive y se expongan los criterios técnicos que han llevado al órgano de contratación a la adopción de la adjudicación, alternativamente se declare el derecho de la UTE GOMYL-PEGAMO a examinar la totalidad del expediente, y por último que se sustituya el acto de adjudicación, contrario a derecho, por otro en el que, previos los trámites oportunos, se adjudique el contrato a la UTE GOMYL-PEGAMO por ser su oferta la merecedora de la adjudicación de conformidad con lo señalado en el recurso. Solicita la UTE recurrente, mediante otrosí, que se practiquen pruebas de interrogatorio de las partes, documentales, periciales y testificales.

Por resolución de este Tribunal 62/2012 de 29 de febrero, recurso 33/2012, se acuerda estimar parcialmente el recurso “*anulando la adjudicación realizada y debiendo retrotraerse las actuaciones hasta el momento anterior a la notificación de la adjudicación, al objeto de que la misma se realice debidamente a los licitadores en el procedimiento*”.

El órgano de contratación en ejecución de la referida resolución procedió a realizar una nueva notificación con fecha 9 de abril de 2012, manteniendo la resolución de adjudicación del contrato -de 19 de diciembre de 2011- a favor de AIR-RAIL, S.L., sin que del contenido de la misma, como luego veremos, pueda afirmarse que cumpla con los pronunciamientos de este Tribunal, contenidos en su resolución 62/2012, respecto su contenido mínimo para que la citada notificación permita a los licitadores interponer recurso suficientemente fundado.

Recibida la notificación, interpone de nuevo la recurrente recurso especial ante este Tribunal el 25 de abril de 2012, en el que tras alegar lo que estima conveniente a su derecho, solicita la nulidad de los actos de adjudicación de 19 de diciembre de 2011 y de 9 de abril de 2012, la retroacción de actuaciones al objeto de acordar la excusión del procedimiento de AIR-RAIL, S.L. por no cumplir con los requisitos de capacidad y solvencia exigidos, valorándose el resto de ofertas de conformidad con los motivos

expuestos en su escrito, y alternativamente, que se ordene a órgano de contratación la adjudicación del contrato a su favor por ser su oferta la que ha obtenido mayor puntuación. Solicita asimismo, mediante otrosí, la suspensión del procedimiento, que el órgano de contratación remita a este Tribunal el expediente completo junto con el correspondiente informe, así como pruebas pericial y testifical de las personas que relaciona en su escrito de recurso.

**Cuarto.** Por la Secretaría del Tribunal, el día 30 de abril de 2012, se procedió a notificar la interposición del recurso a todos los licitadores en el procedimiento para que formularan las alegaciones que a su derecho convinieran.

La adjudicataria del contrato, AIR-RAIL, S.L., haciendo uso de su derecho, presentó alegaciones en el registro de este Tribunal el día 7 de mayo de 2012.

**Quinto.** Con fecha 9 de mayo de 2012 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP (art. 315 LCSP).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** El presente recurso, se interpone contra la resolución de adjudicación del contrato, tramitado mediante procedimiento abierto, para el suministro del Lote 2 de maquinaria para el nuevo complejo ferroviario de Valladolid.

A los efectos de admisión del recurso, procede reproducir la argumentación ya expuesta por este Tribunal en su resolución 62/2012, en cuanto a la dimensión objetiva del contrato, en cuyo fundamento primero se hizo constar lo siguiente:

*“La admisión del recurso exige analizar la estructura del contrato en su dimensión objetiva, pues de la documentación incorporada al expediente así como del régimen de publicidad utilizado por Valladolid Alta Velocidad en la licitación del procedimiento resulta claro que el órgano de contratación ha aplicado las normas establecidas en el artículo 175 de la LCSP (art. 191 TRLCSP) para los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administración Pública cuando se trata de contratos no sujetos a regulación armonizada, supuesto éste que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 310 de la*

LCSP (art. 40 TRLCSP), quedaría fuera del ámbito de competencia del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En consecuencia, debemos examinar qué tipo de contrato es en atención a su objeto y cuantía, considerando este Tribunal que el régimen legal aplicable es la LCSP, cuestión ésta no discutida por las partes y admitida por Valladolid Alta Velocidad en el pliego de cláusulas que regula el expediente objeto de recurso y demás documentación complementaria remitida. En este sentido apuntar que Valladolid Alta Velocidad es una sociedad anónima de capital público cuya participación se distribuye en un 37,5% del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), 12,5% de RENFE Operadora, 25% de la Junta de Castilla y León y 25% del Ayuntamiento de Valladolid, siendo ADIF y RENFE Operadora entidades públicas empresariales integradas en la Administración General del Estado.

A estos efectos el artículo 310.1 de la LCSP (art. 40.1 TRLCSP) dispone que “Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo (que incluye a los acuerdos de adjudicación adoptados por poderes adjudicadores), cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.”

Respecto del órgano competente para resolver el recurso especial en materia de contratación el artículo 311 de la LCSP (art. 41 TRLCSP) indica en su apartado 1 que: “En el ámbito de la Administración General del Estado, el conocimiento y resolución de los recursos a que se refiere el artículo anterior estará encomendado a un órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. (...). A estos efectos se crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”, añadiendo en su apartado 4 que: “Cuando se trate de los recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la

*consideración de Administraciones Públicas, la competencia estará atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido. Si la entidad contratante estuviera vinculada con más de una Administración, el órgano competente para resolver el recurso será aquél que tenga atribuida la competencia respecto de la que ostente el control o participación mayoritaria y, en caso de que todas o varias de ellas, ostenten una participación igual, ante el órgano que elija el recurrente de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado.”*

*En cuanto a los contratos de suministro sujetos a regulación armonizada el artículo 15.1.b) de la LCSP señala que son aquellos cuyo valor estimado sea igual o superior a “193.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro distintos, por razón del sujeto contratante o por razón de su objeto, de los contemplados en la letra anterior”, que se refiere a los contratos adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y a determinados contratos de los órganos de contratación del sector de la defensa.*

*En consecuencia, el régimen jurídico aplicable al contrato de referencia, respecto de su preparación y adjudicación, será el establecido en la LCSP y en su normativa de desarrollo, con las especialidades contenidas en el artículo 174 de la LCSP (art. 190 TRLCSP) para los contratos sujetos a regulación armonizada que adjudiquen los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administración Pública.*

*De acuerdo con lo anteriormente expuesto, resulta que nos encontramos ante un contrato de suministros, de importe superior a 193.000 euros, adjudicado a un poder adjudicador integrado en el sector público, cuya participación mayoritaria corresponde a entidades de la Administración del Estado, que no tiene la consideración de Administración Pública, correspondiendo por tanto a este Tribunal la resolución de este recurso, de conformidad con el artículo 311 de la LCSP (art. 41.1 TRLCSP).”*

No obstante, como ya se puso de manifiesto también en la resolución 62/2012, existe un límite a nuestra competencia respecto de la pretensión articulada por la recurrente que pide que este Tribunal declare la adjudicación del contrato a su favor (apartado c de su

“*suplico*”). Este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC en adelante) y el artículo 315.2 *in fine* de la LCSP (art. 45.2 TRLCSP) respecto de este Tribunal, de modo que, de existir tales vicios hemos, de proceder a anular el acto o actos, ordenando que se repongan las actuaciones al momento anterior a aquel en el que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso del órgano de contratación único al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (artículo 62.1.b) de la LRJPAC).

**Segundo.** El acto recurrido es el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, por lo que el recurso ha sido interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 310.2.c) de la LCSP (art. 40.2.c) TRLCSP).

**Tercero.** La legitimación activa de la UTE recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 312 de la LCSP (art. 42 TRLCSP), al tratarse de un licitador que no ha resultado adjudicatario, e igualmente se cumplen las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 314 de la LCSP (art. 44 TRLCSP).

**Cuarto.** Sobre el fondo del asunto, la UTE recurrente fundamenta su recurso en los siguientes motivos: i) ausencia de motivación de la adjudicación –que si bien lo plantea en la parte final del recurso será lo primero que examinaremos-; ii) incumplimiento por parte de la adjudicataria del contrato de las exigencias contenidas en el pliego de cláusulas respecto de la acreditación de la solvencia técnica (experiencia); iii) incumplimiento por la adjudicataria de lo establecido en el pliego de cláusulas respecto de la subcontratación; iv) trato de favor a la adjudicataria del contrato por permitirle subsanar y aclarar su oferta técnica.

**Quinto.** Respecto de la primera cuestión de fondo a examinar, ausencia de motivación de la adjudicación, la UTE recurrente funda su argumentación en que Valladolid Alta

Velocidad *“sigue sin hacer una descripción de las ofertas ni del proceso de aplicación a aquellas de los criterios de valoración fijados en el pliego y que motivan la asignación de puntos expresada”*, entiende que la ausencia de motivación citada le genera indefensión, solicitando se acuerde la nulidad de la adjudicación realizada.

De adverso, tanto el órgano de contratación como la adjudicataria del contrato manifiestan que no existe falta de motivación en la notificación de la adjudicación del contrato. AIR-RAIL, S.L. en sus alegaciones entiende que dado que la UTE recurrente ha tenido acceso al expediente ello le ha permitido interponer un recurso con la debida motivación.

**Sexto.** En relación a la motivación de la adjudicación, se observa que la nueva notificación de adjudicación realizada -de fecha 9 de abril de 2012- por Valladolid Alta Velocidad adolece de los mismos defectos que la anterior anulada por este Tribunal –de fecha 30 de diciembre de 2011- y que ya fueron expuestos por este Tribunal en la tantas veces citada resolución 62/2012.

Si bien la nueva notificación es más extensa, la misma se limita a indicar, en cuanto a lo que aquí interesa, las puntuaciones técnicas y económicas de los licitadores, sus ofertas económicas y su valoración final, sin constar, como ya ocurría en la notificación de 30 de diciembre de 2011, una exposición resumida de las causas que determinan la puntuación técnica obtenida tanto por la adjudicataria del contrato como, en lo que aquí interesa, por la ahora recurrente, lo cual impide a la misma impugnar, si así lo considera oportuno, la valoración técnica de la adjudicataria del contrato e incluso su propia valoración, de entender que ha podido existir error o arbitrariedad en su aplicación, sin que pueda ser causa justificativa de esta ausencia de motivación el que la UTE ahora recurrente haya obtenido la mejor puntuación técnica, y sin que ello resulte contrario a la discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación y que así viene reconociendo este Tribunal en sus resoluciones (por todas, resoluciones 33/2012 y 93/2012, referidas a los recursos 344/2011 y 61/2012).

De otro lado interesa destacar a este Tribunal que la resolución 62/2012 no se limitaba a ordenar la práctica de una nueva notificación de la adjudicación a los licitadores, como parece ser que ha interpretado Valladolid Alta Velocidad, sino que además se requería

anular la adjudicación realizada, y ello porque, aún cuando siendo defectuosa la notificación, la información obrante en el expediente, y más concretamente el informe de valoración (documento nº 19 del expediente), no contienen información alguna de las razones que han llevado a los técnicos a asignar las puntuaciones que constan en el citado informe por los diferentes criterios de adjudicación a los licitadores valorados, lo cual no sólo impide a los licitadores –incluso, como es el caso de la UTE recurrente, aunque hayan tenido acceso al expediente- interponer recurso suficientemente fundado en los términos del artículo 135.4 de la LCSP (art. 151.4 TRLCSP) sino que impide también a este Tribunal, o en su caso a la jurisdicción contencioso-administrativa, realizar las funciones de revisión que les corresponde en el supuesto de impugnación, en este caso, de la valoración técnica, cuestiones éstas que determinan, como hemos señalado, la nulidad de la adjudicación realizada.

Expuesto cuanto antecede, procede a continuación reiterar lo ya expuesto en la resolución 62/2012, respecto a la ausencia de motivación de la adjudicación realizada que determina, de un lado, la necesidad de realizar una nueva notificación de adjudicación debidamente motivada a los licitadores en el procedimiento -sin perjuicio de que el órgano de contratación pueda optar, si así lo considera necesario, por ampliar el informe de valoración al objeto de explicitar las razones de la puntuación técnica asignada a los licitadores para posteriormente utilizar esa información en la notificación a efectuar o incluir directamente esas explicaciones en la notificación a realizar sin que proceda ampliar el citado informe-, y de otro, anular la adjudicación realizada. Así, el fundamento séptimo de la citada resolución, que resulta aplicable al caso aquí examinado, decía lo siguiente:

*“**Séptimo.** En relación a la motivación de la adjudicación, es doctrina reiterada de este Tribunal que la notificación del acto de adjudicación ha de estar motivada de forma adecuada, pues de lo contrario se le estaría privando al licitador notificado de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz y útil, produciéndole por ello indefensión. Para estimar que la notificación se halla adecuadamente motivada al menos ha de contener la información que permita al licitador interponer recurso en forma suficientemente fundado.*”

*Tal exigencia de motivación de la notificación viene impuesta por el artículo 135.4 de la LCSP (art. 151.4 TRLCSP), precepto en el que se hace una relación concreta de los aspectos que debe comprender en todo caso la notificación.*

*Dicho precepto dispone: “4. La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.*

*La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 310, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular expresará los siguientes extremos:*

*a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.*

*b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.*

*c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas (...).”*

*Interpretando este precepto, este Tribunal ha señalado que del mismo cabe deducir, de una parte que el objetivo perseguido por la motivación es suministrar a los licitadores excluidos y a los candidatos descartados información suficiente sobre cuáles fueron las razones determinantes de su exclusión o descarte, a fin de que el interesado pueda contradecir las razones argumentadas como fundamento del acto dictado mediante la interposición del correspondiente recurso.*

*La segunda cuestión que pone de manifiesto el precepto transcrito es la relativa a la forma en que ha de realizarse la motivación. En este sentido el apartado a) señala que, respecto de los licitadores descartados –como es el caso de la recurrente–, se realizará exposición resumida de las razones por las que se ha desestimado su candidatura. Esta exposición resumida determina que no hayan de incorporarse al acto notificado todos los*

*extremos determinantes de la decisión, siempre que la notificación contenga las razones determinantes del descarte.*

*Para concretar los aspectos sobre los que ha de otorgarse la información, debe recordarse que la norma primera reguladora del contrato son los pliegos de cláusulas administrativas particulares, completado, en su caso, con el pliego de prescripciones técnicas.*

*Los criterios de valoración enumerados en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo son, simultáneamente, elementos caracterizadores del objeto del contrato y elementos que determinan la adjudicación del mismo y, por ende, elementos orientadores de la elaboración de la oferta (en cuanto se refiere al licitador) y elementos determinantes de la adjudicación (en cuanto se refiere al órgano de contratación). Al ser estos criterios los elementos determinantes de la adjudicación, la posibilidad de proceder a la impugnación de la adjudicación realizada requiere tener conocimiento de las puntuaciones atribuidas en cada uno de estos criterios, así como una información sucinta de la causa de la atribución de tal puntuación.*

*Añadiremos que la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de amplitud suficiente para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hechos y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio, SSTS de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000).*

*Pues bien en el caso que nos ocupa, la notificación no contiene motivación suficiente respecto de la oferta del adjudicatario por cuanto no contiene expresión de “las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas”, tal como se exigía la letra c) del artículo 135.4 de la LCSP (hoy art. 151.4 TRLCSP), como tampoco en relación con el*

*candidato descartado -en este caso la UTE recurrente- a la que se ha practicado la notificación individual, pues falta en la citada notificación “la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura” , exigida por la letra a) del mismo precepto de la Ley de Contratos, sin que se cumpla con este requisito por la mera información de la oferta del adjudicatario que se consideró más ventajosa, señalándose como justificación de su adjudicación “haber resultado ser la oferta con mayor puntuación global de entre todas las ofertas presentadas al Procedimiento de Licitación”.*

*No pueden admitirse tampoco las alegaciones de la adjudicataria del contrato, en el sentido de que el contenido de la notificación realizada a la UTE recurrente se ajusta a lo establecido en las Instrucciones internas de contratación de Valladolid Alta Velocidad, y ello porque aún siendo cierta dicha afirmación, no es menos cierto que la notificación de adjudicación realizada, tal y como hemos expuesto anteriormente, es claramente insuficiente pues en modo alguno permite a la UTE recurrente interponer recurso suficientemente fundado, incumpléndose así tanto lo preceptuado en el artículo 135.4 de la LCSP como el principio de publicidad y transparencia exigido en la LCS en su artículo 1 respecto del procedimiento de contratación.*

*En consecuencia, la notificación individual practicada a la UTE recurrente está viciada de nulidad, por falta de la motivación exigida por el artículo 135.4 de la entonces vigente LCSP (art.151.4 TRLCSP).*

*A estos efectos interesa apuntar, tal y como señala la adjudicataria en su escrito de alegaciones y como viene reconociendo este Tribunal en sus resoluciones (por todas, resolución 272/2011 de 11 de octubre, recurso 239/2011), que la notificación es un acto distinto del acto notificado, que actúa como condición de eficacia de aquél, de forma que si de la documentación incorporada al expediente se deriva que el acto de adjudicación está suficientemente motivado, aún cuando la notificación del mismo haya sido realizada incorrectamente, no concurriría causa suficiente para anular la adjudicación por falta de motivación. No obstante, en el expediente de referencia no concurre dicha situación pues el informe de valoración de la documentación técnica (sobre nº 3) incorporado al expediente se limita a referir una mera asignación de puntos, sin hacer una descripción de las ofertas ni del proceso de aplicación a aquellas de los criterios de valoración fijados en el pliego y que motivan la asignación de puntos expresada.*

*Las argumentaciones anteriores hacen que deba de admitirse la pretensión de la recurrente, anulándose la adjudicación realizada y retrotrayéndose las actuaciones hasta el momento anterior a la notificación de la adjudicación al objeto de que la misma se notifique debidamente motivada a todos los licitadores en el procedimiento.”*

**Séptimo.** Resuelta la cuestión relativa a la motivación de la adjudicación, procede examinar el asunto principal que centra el recurso, esto es, si la documentación aportada por AIR-RAIL, S.L. para acreditar su solvencia técnica (experiencia) con medios externos cumple con los requisitos exigidos en la LCSP y en el pliego de cláusulas que rige la licitación, o si, como pretende la recurrente, resulta procedente su exclusión del procedimiento.

La UTE recurrente expone que la adjudicataria del contrato, AIR-RAIL, S.L., no cumple las exigencias de solvencia técnica, en cuanto a la experiencia, exigidas en la cláusula 4.8.2 del pliego respecto de la documentación a incluir en el sobre 2 (solvencia técnica, económica y financiera), apartado 1.c).

A estos efectos la recurrente entiende que debe excluirse a AIR-RAIL, S.L. del procedimiento, además de por el incumplimiento del apartado 1.c) del pliego antes citado, porque no puede admitirse que acredite la experiencia exigida en el pliego a través de la de los fabricantes del suministro objeto del contrato, pues considera que los documentos para acreditarla deben ser los propios de AIR-RAIL, S.L. y no los de sus fabricantes, sin perjuicio de que los trabajos puedan realizarse mediante subcontratación o colaboración externa. Añade que, en el supuesto de que se admita la acreditación de la experiencia en los términos antes expuestos, AIR-RAIL, S.L. sigue sin cumplir las exigencias del apartado 1.c) del pliego por los motivos siguientes: i) no se acredita debidamente la disponibilidad de los medios de uno de los fabricantes, EUROGAMMA; ii) algunos de los suministros de sus fabricantes no se han realizado en los últimos cinco años que es lo que exige el pliego; iii) no acredita la realización de los suministros que detallan; iv) en relación con el contrato que se adjunta, no se acompaña original ni tampoco copia autenticada del mismo incumpliendo la cláusula 4.8.1 del pliego que exige que *“Todos los documentos que se presenten por los licitadores deberán ser originales o copia que tenga la consideración de auténtica según la legislación vigente”*.

Frente a ello, Valladolid Alta Velocidad señala en su informe, en síntesis, que AIR-RAIL, S.L. acredita debidamente la experiencia citando para ello el artículo 52 de la LCSP y la cláusula 5.1 del pliego, indicando que AIR-RAIL, S.L. ha presentado los documentos de puesta a disposición de medios de las mercantiles EUROGAMMA, S.R.L. (EUROGAMMA en adelante) y OFFICINE MECCANICHE BBM, S.P.A. (BBM en adelante) en cuya experiencia se basa, cumpliendo así la cláusula 4.8.1 del pliego respecto a la formalidad de los documentos.

En el mismo sentido que Valladolid Alta Velocidad se pronuncia AIR-RAIL, S.L. en sus alegaciones, reproduciendo en su defensa sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asuntos C-389/92, C-5/97 y C-176/98) y del Tribunal Supremo (sentencia de 16 de marzo de 2011), así como informes de órganos consultivos (45/02 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y 29/08 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón) y la resolución 304/2011 de 7 de diciembre de este Tribunal.

**Octavo.** La resolución del recurso requiere, en consecuencia, examinar si la actuación de la mesa de contratación se ajustó al régimen jurídico de la contratación del sector público (LCSP y normativa de desarrollo), y, en especial, al pliego de cláusulas administrativas que junto con el pliego de prescripciones técnicas constituyen la ley del contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.

Con carácter previo al análisis de la cuestión aquí debatida, es preciso recordar que la normativa de contratación pública exige para poder contratar con el sector público el cumplimiento previo de los requisitos de capacidad y solvencia –económica, financiera y técnica o profesional- o en su caso clasificación, con el objeto de asegurar que los licitadores cumplen con los indicadores mínimos de aptitud para la correcta ejecución de la prestación en que consiste el contrato. En consecuencia, las exigencias de capacidad y solvencia o clasificación se configuran como una condición indispensable, a cumplir por el licitador, cuyo incumplimiento es causa de exclusión.

De conformidad con lo establecido en el artículo 63.1 de la LCSP (art. 74 TRLCSP), la solvencia, que como hemos visto es una condición de aptitud para contratar con el sector público, se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el

órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 64 a 68 de la LCSP (arts. 75 a 79 TRLCSP). De acuerdo con ello, el órgano de contratación puede optar entre uno o varios de los distintos medios que en los artículos citados se especifican, e incluso puede optar por no exigir esos medios de forma exclusiva permitiendo al licitador la posibilidad de acreditar su solvencia de forma alternativa mediante otro u otros medios de los señalados en los artículos citados.

Entre los medios de acreditación de la solvencia técnica en los contratos de suministro se encuentra la presentación de una relación de los principales suministros efectuados en los últimos años (artículo 66.1.a) de la LCSP, vigente art. 77 TRLCSP). En este sentido el pliego de cláusulas exige en su cláusula 4.8.2, como documentación a incluir en el sobre 2 respecto de la solvencia técnica -apartado 1.c)-, para acreditar la experiencia del licitador, lo siguiente:

- *“Relación suscrita por un responsable legal de la empresa en la que se recojan los principales suministros realizados en los últimos cinco años que incluya importe, fechas y beneficiarios públicos o privados de las mismas.*
- *En todo caso, será imprescindible acreditar haber ejecutado un contrato que comprenda al menos uno de los suministros que constituyen el objeto de la presente licitación por una cuantía equivalente al 25% del presupuesto total de licitación, en los últimos cinco años (en casos de UTE no es válida la acumulación de más de dos contratos).”*

**Noveno.** Resulta igualmente relevante para la resolución del recurso determinar, de un lado, si es posible integrar la solvencia con medios externos –que ya anticipamos que sí-, y de otro, si es posible integrar la solvencia técnica, en este caso la experiencia, en los términos exigidos en el pliego -y que acabamos de reproducir- o si existe algún límite a esta posibilidad.

El artículo 52 de la LCSP (art. 63 TRLCSP) señala 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 jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del

contrato, dispone efectivamente de esos medios. En este sentido el artículo citado, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria –como luego veremos- y la Directiva 2004/18/CE establecen la posibilidad de la acreditación de la solvencia a través de los medios de otras entidades con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que dispone efectivamente de esos medios, entiende este Tribunal, mediante la presentación de un documento con un compromiso firme, permitiendo así el artículo transcrito que la subcontratación pueda valorarse en fase de solvencia.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mantenido reiteradamente la posibilidad de que un licitador pueda probar que reúne los requisitos para participar en un procedimiento de licitación, mediante la referencia a las capacidades de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, siempre que pueda probar que puede efectivamente disponer de los medios de esas entidades necesarios para la ejecución del contrato. En este sentido se pronuncia la sentencia C-176/98, de 2 de diciembre de 1999 (Holst Italia), que recoge los fundamentos jurídicos contenidos en las sentencias C-5/97, de 18 de diciembre de 1997, y C-389/92, de 14 de abril de 1994 (Ballast Nedam Groep), pero extendiendo la posibilidad de acreditar la solvencia con medios de otras empresas con independencia de que pertenezcan o no al mismo grupo empresarial.

Por tanto, una empresa que prueba de manera efectiva que dispone de los medios necesarios para ejecutar un contrato, aún cuando pertenezcan a otra empresa con la que se mantienen vínculos directos o indirectos, debe ser admitida para concurrir a la licitación.

No obstante lo anterior, el examen de la acreditación de la solvencia por medios externos exige una aplicación casuística, pues si bien el artículo 52 de la LCSP (art. 63 TRLCSP), no parece establecer limitación a la acreditación de la solvencia con medios externos, ha de tenerse en cuenta que la acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en su caso, clasificación es –como se ha señalado en el fundamento anterior- una de las condiciones de aptitud que ha de poseer el empresario para poder contratar con el sector público, conforme a lo dispuesto en el artículo 43.1 de la LCSP (art. 54 TRLCSP). Por el contrario, tanto el artículo 54.1 de la LCSP (art. 65 TRLCSP)

como el artículo 210.2.e) de la citada Ley (art. 227 TRLCSP) sí establecen límites, el primero, recoge que el compromiso de subcontratar con empresas que dispongan de la habilitación o clasificación precisa no puede exceder del 50 por ciento del precio del contrato, y el segundo, limita la subcontratación al 60% del importe de adjudicación.

Si bien es cierto que los límites antes citados no operan cuando la subcontratación se utiliza como mecanismo de integración de la solvencia, si son indicativos de en cuanto a la existencia de límites en su utilización. Así, de la interpretación conjunta de los artículos 52 y 43.1 de la LCSP, se ha de considerar que, aunque el empresario puede acogerse a lo dispuesto en el artículo 52 de la LCSP para acreditar su solvencia, ha de cumplir asimismo lo previsto en el artículo 43.1, por lo que será requisito indispensable para contratar con el sector público que acredite un mínimo de solvencia mediante medios propios, con independencia de que el resto lo pueda acreditar con medios ajenos, conforme a lo previsto en los artículos 51 y 52, pues, de lo contrario, no se le podría considerar apto para contratar con el sector público, al incumplir lo dispuesto en el artículo 43.1 de la LCSP.

Corresponde pues al órgano de contratación determinar los medios mínimos con que deben contar las empresas, en relación directa con la prestación objeto del contrato, así como cuando se basen en medios de otras entidades, la documentación que se requiere para acreditar que disponen efectivamente de esos medios. Asimismo corresponde a la mesa de contratación comprobar si, a la luz de la documentación presentada por los licitadores, se acredita suficientemente que cuentan con la aptitud necesaria para la ejecución del contrato.

Así pues, entra dentro del ámbito de la discrecionalidad del órgano de contratación exigir la acreditación de la solvencia técnica utilizando la experiencia en los términos descritos en el pliego de cláusulas o bien establecer el citado medio como alternativo a otros, suavizando así la capacidad técnica exigida. En cambio definida así la experiencia - mediante la exigencia de un importe mínimo de suministros en los últimos cinco años-, sin perjuicio de que sea posible acudir a medios de terceros para su acreditación cuando la misma requiera de una forma distinta a la aquí exigida, no puede pretender el órgano de contratación, cuando es él quien ha establecido el nivel mínimo de aptitud requerida, admitir su acreditación por medio de la experiencia de terceros cuando se trata de un

requisito intrínseco y propio de cada licitador que únicamente puede ser cumplido por aquellos que hayan -en este caso- realizado los suministros requeridos.

A mayor abundamiento, si bien el artículo 52 de la LCSP (art. 63 TRLCSP) recoge el principio general de integrar la solvencia con medios externos, los artículos 65 y siguientes de la LCSP (arts. 76 y ss TRLCSP) desarrollan, para cada modalidad contractual, la integración de solvencia técnica. Así el artículo 66.1.b) de la LCSP (art. 77 TRLCSP) cuando se refiere a la solvencia técnica en los contratos de suministros lo hace por referencia expresa al personal técnico o unidades técnicas, sin que tratándose de la relación de suministros, a la que se refiere en el apartado a) del punto 1 del citado artículo, que es el supuesto aquí planteado, recoja dicha posibilidad.

En este sentido, es preciso destacar que la existencia de empresas que, aún cuando por su objeto social puedan participar en la licitación, no puedan hacerlo por falta de la aptitud mínima requerida -como es el caso aquí examinado-, ello no puede identificarse como limitativo de la concurrencia, pues la exigencia de una solvencia mínima lo que pretende es garantizar que el licitador reúne la aptitud que el órgano de contratación considera la mínima necesaria para ejecutar el contrato, todo ello sin perjuicio del derecho que asiste a los potenciales licitadores de impugnar los pliegos si consideran que las cláusulas, en este caso de solvencia (experiencia), en ellos contenidas resultan desproporcionadas o no vinculadas al objeto del contrato, cuestión ésta que en el expediente aquí examinado no se ha planteado.

Los argumentos hasta aquí expuestos, llevan a este Tribunal a admitir las pretensiones de la recurrente, debiendo el órgano de contratación anular la adjudicación realizada a favor de AIR-RAIL, S.L. y proceder a su exclusión del procedimiento en cuanto que no acredita debidamente la solvencia técnica, en concreto el aspecto referido a su experiencia. Deberá asimismo el órgano de contratación proceder a adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa de acuerdo con los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de cláusulas, efectuando la notificación de la adjudicación en los términos expuestos en esta resolución en su fundamento sexto.

**Décimo.** No procede examinar el resto de alegaciones realizadas por la UTE recurrente, en cuanto que la decisión adoptada en el fundamento anterior satisface sus pretensiones.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

**Primero.** Estimar el recurso interpuesto por D. J.L.A., en representación de la Unión Temporal de Empresas a constituir por las mercantiles PEGAMO EQUIPAMIENTO FERROVIARIO, S.L. y GOMYL, S.A.U. contra la resolución de 19 de diciembre de 2011, y su posterior notificación de 9 de abril de 2012, del Consejero Delegado-Director General de la sociedad Valladolid Alta Velocidad 2003, por la que se adjudica en procedimiento abierto el contrato de suministro del Lote 2 de maquinaria para el nuevo complejo ferroviario de Valladolid, anulando la adjudicación realizada y ordenando que se acuerde la exclusión del procedimiento de AIR-RAIL, S.L., debiendo de adjudicarse el contrato a la oferta que resulte más ventajosa según los criterios de adjudicación establecidos en el pliego y realizarse la notificación de la adjudicación debidamente motivada a los licitadores en los términos expuestos en el fundamento sexto de esta resolución.

**Segundo.** Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la citada Ley.

**Tercero.** Desestimar la practica de las pruebas solicitadas, por cuanto la información obrante en el expediente es suficiente para dictar la presente resolución, siendo innecesarias las mismas.

**Cuarto.** 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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.