



Recurso nº 1376/2024 C.A. Illes Balears 83/2024

Resolución nº 1585/2024

Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 12 de diciembre de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. G.V.R., en representación de DIVERTHA FUNCIONS INSULAR, S.L., contra su exclusión del procedimiento “*Servicio de jardinería para el Hospital Universitario Son Llàtzer y Hospital Joan March*”, con expediente referencia HSL210/2024, convocado por el Servicio de Salud de las Illes Balears, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el órgano de contratación, el Servicio de Salud de las Illes Balears, se convocó mediante anuncio y pliegos publicados el 10 de junio de 2024 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el procedimiento para la adjudicación del contrato de “*Servicio de jardinería para el Hospital Universitario Son Llàtzer y Hospital Joan March*”, con un valor total estimado de 399.416,18 euros.

Segundo. Tras los trámites oportunos, la mesa de contratación propone la adjudicación del contrato a la licitadora DIVERTHA FUNCIONS INSULAR, S.L.; después del examen de la documentación prevista en el artículo 150.2 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 (en adelante LCSP), la mesa de contratación, en sesión de 2 de septiembre de 2024, acuerda la exclusión de la mercantil DIVERTHA FUNCIONS INSULAR, S.L., por: “*no presentar la solvencia técnica y económica exigidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas, a empresas certificadas como centros especiales de empleo e iniciativa social.*”.



Mediante resolución de fecha 23 de septiembre de 2024 el órgano de contratación acuerda la exclusión de la mercantil DIVERTHA FUNCIONS INSULAR, S.L., y la adjudicación del contrato a la empresa AMADIP. ESMENT FUNDACIÓN.

Tercero. Con fecha el 11 de octubre de 2024, la mercantil licitadora DIVERTHA FUNCIONS INSULAR, S.L. interpone recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión, solicitando se declare nulo el acto administrativo recurrido, dejándolo en consecuencia sin efecto, con retroacción de actuaciones, acordando la adjudicación del contrato a su favor.

Cuarto. En fecha 22 de octubre de 2024 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, presentasen las alegaciones que a su derecho conviniesen. No consta la presentación de alegaciones en el indicado plazo.

Quinto. De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 18 de octubre de 2024.

Sexto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 23 de octubre de 2024 acordando adoptar la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El marco jurídico aplicable viene determinado por la LCSP, así como por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC)



Segundo. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46.2 de la LCSP, el artículo 22.1 del RPERMC, y el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de fecha 23 de septiembre de 2024 (publicado en el BOE el 2 de octubre de 2024).

Tercero. Se impugna el acuerdo de exclusión dictado en el procedimiento para la adjudicación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado supera los cien mil euros, por lo que el contrato y el acto impugnado son susceptibles de reclamación ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 44.1.a) y 44.2.b) de la LCSP.

Cuarto. La recurrente en su condición de empresa licitadora excluida en el procedimiento ostenta la condición de legitimada para interponer el recurso contra su exclusión ex artículo 48 de la LCSP.

Quinto. Se han cumplido las prescripciones de lugar, forma y plazo de presentación del recurso especial prevista en el artículo 50 de LCSP.

Sexto. Entrando en el fondo del recurso, la recurrente impugna el acuerdo de exclusión; en concreto, afirma que:

“(…) En la resolución del 23 de septiembre se excluye a DIVERTHA FUNCIONS INSULAR SL ‘por aportar la solvencia de una empresa que no aporta el certificado de centro especial de empleo e iniciativa social’. Se da, a nuestro juicio, una interpretación errónea sobre las condiciones para poder ser adjudicatario definitivo del concurso, pues DIVERTHA FUNCIONS INSULAR SL presenta, por un lado, la condición de Centro Especial de Empleo de Iniciativa Social (condición exigida al ser el concurso un contrato reservado), y, por otro lado, presenta también los requisitos de solvencia exigidos, y lo hace mediante medios externos. Es por ello que entendemos que la exclusión de DIVERTHA FUNCIONS INSULAR SL del citado concurso motivada ‘por aportar la solvencia de una empresa que no aporta el certificado de centro especial de empleo de iniciativa social’ no es conforme a derecho, puesto que es, a nuestro juicio, indiferente si NARTHA SERVEIS I MANAGEMENTS EMPRESARIAL SL es o no un Centro Especial de Empleo de Iniciativa Social (que, dicho sea de paso, es un Centro Especial de empleo



ordinario, tal y como se recoge en el DOCUMENTO 13); sino que lo importante es que DIVERTHA FUNCIONS INSULAR SL (la parte licitadora en el concurso) sí lo es y que presente la solvencia requerida con uno de los medios previstos en la ley (como lo es la solvencia con medios externos)”.

Por su parte el órgano de contratación en su informe preceptivo sostiene la conformidad a derecho del acuerdo impugnado.

Séptimo. Para resolver la cuestión objeto de debate, la no conformidad de la licitadora recurrente con el acuerdo de exclusión por no admitir el órgano de contratación la integración de su solvencia con medios externos —a través de una entidad que no tiene la consideración de Centro Especial de Empleo de iniciativa social—, se debe tener en cuenta que, en el supuesto examinado nos encontramos ante un contrato reservado al amparo de lo señalado en la disposición adicional cuarta de la LCSP, cuando dispone:

“1. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100.

En el referido Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior.



El Acuerdo de Consejo de Ministros a que se refiere este apartado deberá adoptarse en el plazo máximo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. Si transcurrido este plazo el Acuerdo de Consejo de Ministros no se hubiera adoptado, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva, en los términos indicados en el primer párrafo de este apartado.

2. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición.

3. En los procedimientos de contratación en los que se aplique la reserva que establece esta disposición adicional no procederá la exigencia de la garantía definitiva a que se refiere el artículo 107 de esta Ley, salvo en los casos en los que el órgano de contratación, por motivos excepcionales, lo considere necesario y así lo justifique motivadamente en el expediente”.

La reserva de contratos a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social deviene de lo dispuesto en 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 (D 2014/24/UE), La Directiva 2014/24/UE, mantiene la reserva de mercado para fomentar la inserción de personas con discapacidad, y la amplía a los operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas desfavorecidas.

Pues bien, tratándose de un contrato reservado a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social es claro que procede la exclusión de aquellas personas jurídicas que no poseen tal condición que constituye, por tanto, un requisito de capacidad o aptitud para licitar y, de conseguir la adjudicación, ejecutar el contrato, de modo que en este caso la capacidad del licitador no se limita a acreditar la válida constitución de la persona jurídica, sino que es necesario además acreditar que dicha persona jurídica tiene la condición de Centro Especial de Empleo, y dentro de ella, de iniciativa social.



Así las cosas, la calificación del licitador como Centro Especial de Empleo de iniciativa social constituye un requisito previo para concurrir a la licitación de los previstos en el artículo 140 de la LCSP que, conforme a su apartado 4, deben concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato, como los demás requisitos de capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar.

Pues bien, partiendo de la anterior premisa, procede ahora examinar la posibilidad de completar la solvencia con medios externos en el supuesto de contrato reservados al amparo de lo indicado en la disposición adicional cuarta de la LCSP.

Para ello, debemos partir de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la LCSP, que dispone:

“1. 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 durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar”.

El citado precepto habilita legalmente a los operadores económicos para basarse en la solvencia y medios de otras entidades, con sujeción a los requisitos, límites y alcances que se recogen en los apartados 2º, 3º y 4º del citado artículo 75 de la LCSP. Se trata de una posibilidad contemplada expresamente por la norma, no siendo preciso, por tanto, su previsión expresa en los pliegos para que pueda utilizarse por los operadores económicos.

En cuanto a la posibilidad del licitador de integrar su solvencia con medios externos, en la Resolución 657/2022, de 2 de junio de 2022 dijimos:

«(...) El Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha admitido la posibilidad de recurrir a las capacidades de otras entidades con gran amplitud, independientemente de la naturaleza de los vínculos en virtud de los que pueda disponer de ellas, (SsTJUE de 2 de diciembre de 1999 —C176/98 “Holst Italia”—, de 18 de marzo de 2004 —C-314/01 “Siemens y ARGE Telekom”—, y de 10 de octubre de 2013 —C



94/12 “Svm Costruzioni y Mannocchi Luigino”— entre otras) y siempre que demuestren a la entidad adjudicadora que tal disposición será efectiva y no meramente formal (STJUE de 7 de abril de 2016 —C-324/14, “Apelski Dariusz”—). En relación con esta última cuestión, el TJUE entiende que “el licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios para la ejecución de un contrato determinado es libre de escoger, por un lado, qué tipo de relación jurídica va a establecer con ellos, y, por otro, qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esa relación jurídica” (STJUE de 14 de enero de 2016 —C234/14 “Ostas celtnieks”—) y, por lo tanto, “el poder adjudicador no puede, en principio, imponer condiciones expresas que puedan obstaculizar el ejercicio del derecho de cualquier operador económico a basarse en las capacidades de otras entidades, en particular, señalando por adelantado las modalidades concretas conforme a las cuales pueden ser invocadas las capacidades de esas otras entidades. Esta apreciación es tanto más pertinente cuanto que, en la práctica, como señala acertadamente la Comisión Europea, parece difícil, incluso imposible, que el operador económico pueda prever, a priori, todos los escenarios de utilización de las capacidades de otras entidades que pueden producirse” (STJUE de 7 de abril de 2016 —C-324/14— “Apelski Dariusz”—). En esta última Sentencia, sin embargo, el Tribunal no excluye que el poder adjudicador pueda, a efectos de la correcta ejecución del contrato de que se trate, indicar expresamente, en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, reglas precisas que permitan a un operador económico basarse en las capacidades de otras entidades, aunque en estos casos “le corresponderá garantizar que las reglas que fije estén relacionadas con el objeto y la finalidad del citado contrato y sean proporcionadas a éstos”.

La consideración del artículo 63 de la Directiva 2014/24 y del artículo 75 de la LCSP, que traspone las previsiones del primero al ordenamiento español, a la luz de la jurisprudencia reseñada, nos permite concluir:

(i) Como principio general, el licitador puede integrar su solvencia recurriendo a las capacidades de terceros, siempre que demuestren al órgano de contratación que efectivamente disponen de tales capacidades, en definitiva, que se pondrán a su disposición sin restricciones si la ejecución del contrato lo requiriera.



(ii) El órgano de contratación puede establecer reglas precisas sobre el alcance de la posibilidad otorgada al licitador o su forma de acreditación, siempre que sean proporcionadas al objeto y finalidad del contrato y, podemos añadir, respetando los principios de concurrencia e igualdad de trato.

La precisión exigida por la jurisprudencia del TJUE exige, por tanto, que tales reglas sean determinadas con precisión, no siendo por tanto admisible imponer obligaciones genéricas tanto al licitador como al tercero que aporte sus capacidades, en tanto no tengan efecto útil sobre la adecuada ejecución del objeto del contrato.

(iii) La posibilidad de imponer estas reglas debe, por lo señalado, ser interpretada restrictivamente. Lo que supone que, a juicio de este Tribunal, la previsión el artículo 75.3 de la LCSP no puede ser aplicada, por analogía, a otros supuestos que los referidos a la integración de la solvencia económica y financiera. Incluso en este caso, la exigencia de solidaridad, por lo dicho anteriormente, debe ser justificada por el órgano de contratación en atención a las particulares características del objeto y finalidad del contrato.

Las consideraciones precedentes nos llevan a estimar este motivo de recurso con anulación de los pliegos en la estipulación objeto de esta impugnación relativa a la Cláusula II.3.6 del Cuadro de características. (...)

Más específicamente, sobre el asunto concreto que nos ocupa se ha manifestado claramente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 2/2018, adoptado en su sesión del día 13 de febrero de 2018, relativo al alcance de la integración de la solvencia de un licitador que concurre en UTE con medios externos y repercusión de la misma en la delimitación subjetiva del contrato:

Así, en el Informe 23/2013 se abordó precisamente la diferencia conceptual entre subcontratación e integración de solvencia con medios externos, señalando que cuando se habla de subcontratación nos situamos siempre en fase de ejecución, siendo responsable de ésta frente a la Administración, únicamente el contratista; siendo diferente la figura de la integración de solvencia por medios externos que ampara una “suerte de subcontratación en fase de solvencia”, sin olvidar que en este supuesto se trata de



completar la solvencia, es decir, la capacidad para contratar con la administración y por ello en este caso esos medios externos deben formar parte del contrato, ya que constituyen junto al licitador, el contratista de la Administración.

Por eso para dar respuesta a la cuestión planteada debemos reiterar expresamente el siguiente contenido del mencionado informe 23/2013: “La incorporación de estos medios al contrato fue expresamente afirmadas en el informe 1/2010. No puede ser de otro modo, porque si no la Administración contrataría con un operador económico no solvente. Y de ahí que en este caso a diferencia de lo expuesto sobre la subcontratación en fase de ejecución- la Administración pueda exigir, para garantizar esa disponibilidad durante la ejecución, que el tercero que completa la solvencia se incorpore como parte del contrato.

De modo que es precisamente esta proyección que debe de tener la integración de la solvencia en la configuración del elemento subjetivo del contrato, uno de los elementos que permiten separar y distinguir la figura de la integración de la solvencia con medios externos de la subcontratación en la ejecución».

No hay duda, conforme a la doctrina anteriormente expuesta, de que el licitador puede acudir para integrar su solvencia a medios externos, sin que el poder adjudicador pueda condicionar la forma en que lo hará. Ahora bien, lo que sí puede hacer el poder adjudicador es establecer limitaciones a la posibilidad de integrar la solvencia con medios externos en atención a la naturaleza y objeto del contrato, lo que en todo caso ha de hacerlo en los pliegos.

En el caso que nos ocupa, en los pliegos no existe esa restricción a la posibilidad de integrar solvencia. Siendo ello así, basta que la licitadora acredite una mínima solvencia propia para poder integrar con tercero. Si no acreditase ese mínimo, no podría integrar, como este Tribunal ya señaló en Resolución nº 454/2022, de 21 de abril:

“(…) La ‘norma de cobertura’ es el artículo 75 de la LCSP, que permite a los operadores económicos basarse en la solvencia de otras entidades. La recurrente pretende acudir a la solvencia de ‘Centro Canino La Ería’ (actual prestador del servicio que no puede acceder a la licitación reservada), para acreditar íntegramente su solvencia. Empleando esta norma de cobertura, ‘Centro Canino La Ería’ consigue acceder a una licitación a la

que tenía vedado el acceso, en plena contravención de la disposición adicional cuadragésima cuarta de la LCSP.

Este Tribunal considera, habida cuenta de todas las circunstancias concurrentes, que esta conducta constituye un claro fraude de ley, pues el ‘Centro Canino La Ería’ se está sirviendo de una entidad de reciente creación (3MDOG, cuya presidenta y administrador son administradores de Centro Canino La Ería, actual prestador del servicio), para acceder a una licitación a la que tiene prohibido el acceso.

Por ello, debe aplicarse la sanción prevista en el artículo 6.4 del Código Civil para estos supuestos: ‘la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir’, que no es otra que la disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP, impidiendo a ‘Centro Canino La Ería’ participar en la licitación”.

En este mismo sentido destacamos la Resolución de Pleno nº 1411/2023, de 27 de octubre, en la que tomamos en consideración la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de abril de 2023. Razonamos así, en relación con la integración de la solvencia contemplada en el artículo 75 de la LCSP (el subrayado es nuestro):

“Y siendo la solvencia un requisito de aptitud para contratar, debe reiterarse que la misma puede ser integrada o completada con los medios de un tercero, pero no sustituida, el artículo 75 de la LCSP señala que podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, esto es en definición del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua apoyarse, tomar como base algo, como punto de partida, debiendo acreditarse un mínimo de solvencia en relación al contrato al que se va a licitar por el licitador, ya que lo contrario supondría una vulneración de la exigencia de solvencia. Integrar es completar un todo con la parte que falta, por lo que, tal y como mantiene el órgano de contratación, es necesario que la UTE que formula la oferta disponga alguno de sus miembros de un mínimo de solvencia técnica, para poder acudir a la de un tercero completar la que le falta”.

Con base en la doctrina expuesta, y puesto que la recurrente pretendía integrar su solvencia con un medio externo, este Tribunal considera que no asiste la razón al órgano



de contratación al acordar la exclusión de la recurrente, sin previamente constatar si reúne o no esa mínima solvencia, y, en consecuencia, procede la estimación del recurso.

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. G.V.R., en representación de DIVERTHA FUNCIONS INSULAR, S.L., contra su exclusión del procedimiento “*Servicio de jardinería para el Hospital Universitario Son Llàtzer y Hospital Joan March*”, con expediente referencia HSLL210/2024, convocado por el Servicio de Salud de las Illes Balears.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra ella cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del de la Comunidad de las Illes Balears 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LAS VOCALES