



Recursos nº 1077, 1078 y 1079/2016

Resolución nº 34/2017

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

En Madrid, a 20 de enero de 2017

VISTOS los recursos interpuestos por D. L.A.N., en representación de la sociedad IBECON 2003 S.L., por D. J.A.S.C., en representación de la mercantil INSTITUTO EUROPA S.L. y D. A.G.R., en representación de la entidad ADALID INMARK, S.L., contra el acuerdo de exclusión de 20 de octubre de 2016 de la licitación del contrato de servicios de *“Programas de Formación y Orientación laboral para personas privadas de libertad, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo y Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, a través del Programa de Inclusión Social y Economía Social (POISES) para el periodo 2014-2020”*, convocado por la Gerencia de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, expediente 2016/00080, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Gerencia de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo convocó, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 13 de agosto de 2016, licitación para adjudicar, por el procedimiento abierto, y sujeto a regulación armonizada, el contrato de servicios arriba referido, con un valor estimado de 1.050.000,00 euros. Su objeto está dividido en tres lotes.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre- y con las demás normas de

desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Abierto el plazo para presentar ofertas, concurrieron a la licitación conjuntamente, y con el objeto de constituir una UTE en caso de resultar adjudicatarios, las empresas IBECON 2003, SL, ADALID INMARK, S.L., e INSTITUTO EUROPA, S.L.

Según consta en el acta de reunión de la Mesa de Contratación de fecha de 4 de octubre de 2016, se requirió a las tres empresas la subsanación de la documentación administrativa, adoleciendo la oferta de los certificados expedidos o visados por el órgano competente de la entidad del sector público que acreditase los servicios efectuados que son necesarios para justificar la solvencia técnica.

Según acta de la sesión de la Mesa de Contratación de 13 de octubre de 2016, se acuerda la exclusión de la oferta presentada por las tres empresas conjuntamente, pues las sociedades ADALID INMARK e INSTITUTO EUROPA no atendieron al requerimiento de subsanación, no acreditando la solvencia técnica suficiente.

Cuarto. El día 24 de octubre de 2016 se notifica mediante correo electrónico el acuerdo de exclusión a las sociedades antes mencionadas. El día 11 de noviembre de 2016 tiene entrada en el Registro de la Delegación Territorial de Valladolid de la Junta de Castilla y León escrito presentado por D. A. G. R. mediante el cual se anuncia el recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión. Dicho escrito se presenta en representación de las mercantiles ADALID INMARK, S.L., INSTITUTO EUROPA, S.L. e IBECON 2003, S.L.

Quinto. El día 16 de noviembre de 2016, las tres empresas interponen ante el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y del Ministerio de Economía y Competitividad, cada una por separado, el recurso especial contra el acuerdo de exclusión de 24 de octubre.

En idéntico escrito alegan que, si bien dos de las tres empresas no cumplen el requisito de solvencia técnica pero, si lo cumple la tercera, IBECON 2003, S.L., lo cual debiera

haber sido bastante para admitir a la UTE a la licitación, debiendo en este punto poner de manifiesto dos cuestiones que afectan a la validez de la resolución recurrida: 1) que la misma carece por completo de cualquier motivación, lo la hace incurrir en causa de nulidad radical y 2) que la misma no se adecua a derecho desde el momento en el que se dicta apartándose del procedimiento establecido al no aplicar, para la UTE, el criterio de acumulación lo que la hace incidir nuevamente en causa de nulidad insalvable.

Sexto. Se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación. En el citado informe se pone de manifiesto que la Mesa de contratación tuvo en cuenta la evolución jurisprudencial habida en torno a la valoración del requisito de solvencia cuando de uniones temporales de empresas se trata, que va desde el inicial criterio restrictivo, que exigía que todos los integrantes de la UTE acreditasen la capacidad de obrar, la habilitación empresarial, la solvencia y la ausencia de condiciones de contratar contempladas en el pliego, hasta un criterio más flexible recogido en resoluciones más recientes.

En este sentido, y atendiendo a lo que señala el art. 63 del TRLCSP, la Mesa llegó a la conclusión que, si bien a la vista de este precepto, el recurso a medios externos es posible cuando estos pertenecen a terceros extraños a la licitación, y por ello, con más razón, habrá de admitirse esta posibilidad cuando se trata de medios propios de las empresas de la UTE, no es menos cierto que este principio general ha de ser matizado en un doble sentido, tal y como ya explicó ese Tribunal Administrativo Central de en su resolución de 4 de abril de 2014 (281/14).

Se sigue diciendo que en el caso que nos ocupa, se trata de un expediente dividido en tres lotes de importes similares (nº 1 — 182.000 €; nº 2 — 189.000 € y nº 3 — 154.000 €), correspondiente cada uno a una zona geográfica diferenciada. Cada una de las empresas que componen la UTE tiene su domicilio social en una ciudad distinta (Álava, Valladolid y Madrid).

En la documentación que presenta la UTE tan solo indica que el coeficiente de participación es del 33.33 % cada una, sin indicar a qué aspectos corresponde ese

porcentaje. Por lo que, a falta de mayor información, habría que entender, si la UTE no aclara nada más, es que cada una de las empresas presumiblemente atendería de forma independiente a uno de los lotes en función a la ubicación de la sede social de la misma.

Teniendo en cuenta la información de la que dispone la Mesa una vez pedida subsanación de la documentación administrativa presentada por cada empresa, se procede a revisar la misma para comprobar si cada una de ellas cumple con los requisitos exigidos para la ejecución de los programas objeto del expediente. Del examen de dicha documentación se constata que la empresa recurrente sí acredita el requisito de solvencia técnica pero no ocurre lo mismo con las otras dos empresas, puesto que tan solo presentan certificados de haber sido adjudicatarias de contratos y subvenciones por valor que sí alcanzarían el mínimo exigido, pero en ningún caso presentan certificados de buena ejecución de los mismos por el importe mínimo requerido para ninguno de los lotes.

Atendiendo a la especificidad de los programas a impartir y al colectivo al que van dirigidos, el órgano de contratación considera necesario que los adjudicatarios acrediten su solvencia técnica a través de certificados que demuestren la buena ejecución de programas similares. Circunstancia que acredita la recurrente, pero no así las otras dos empresas, y dado que de la información que se desprende de la documentación aportada por la UTE no se puede deducir que compartan medios para la ejecución conjuntamente de los programas, sino todo lo contrario, no se puede tener por acreditada la solvencia técnica suficiente que garantice la buena ejecución por parte de la UTE de los programas que se licitan.

Séptimo. En fecha 2 de diciembre de 2016 la Secretaría del Tribunal dio traslado de los recursos interpuestos a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones.

Ha evacuado el trámite conferido la empresa INNOVACIÓN Y DESARROLLO LOCAL, S.L., en los recursos 1077/2016, 1078/2016 y 1079/2016, oponiéndose a la estimación del recurso e impugnándolo expresamente, solicitando su desestimación en base a las alegaciones que constan en sus escritos y a las cuales nos remitimos.

Octavo. Por resolución de 25 de noviembre de 2016, la Secretaría de este Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida cautelar consistente en la suspensión del expediente de contratación en relación con los Lotes 1, 2 y 3, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, y hasta el dictado de la resolución que acuerde el levantamiento, con arreglo al artículo 47.4 TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Los recursos interpuestos, que se tramitan de manera acumulada, se interponen ante este Tribunal, que es competente para resolverlos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Segundo. En aplicación del artículo 42 del TRLCSP ha de entenderse que las entidades recurrentes son titulares de un interés legítimo en el expediente de contratación y ostentan, por tanto, legitimación activa para la interposición del recurso. Se han cumplido las prescripciones del plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. Se recurre el acuerdo de exclusión del procedimiento para la adjudicación de un contrato de servicio sujeto a regulación armonizada, por lo que nos encontramos ante un acto recurrible por esta vía, de conformidad con lo establecido en los artículos 10 y 40.2.a) del TRLCSP.

Cuarto. La principal cuestión que plantean el presente recurso se centra en determinar si una empresa, que concurre a licitación con el compromiso de constituir una UTE, por si sola puede completar la solvencia técnica que las otras empresas, también llamadas a integrar la UTE, no han logrado acreditar por no aportar los certificados que les exigía el PCAP, y ello, partiendo, de que según la oferta de la UTE, cada una de las tres empresas únicamente se comprometían a participar en el 33% del contrato a adjudicar.

Los recurrentes, pretenden la estimación de su recurso, invocando como principal alegación la posibilidad de completar la solvencia técnica de los licitadores con medios ajenas, este Tribunal en Resolución número 686, de 23 de diciembre de 2014, con cita a



la Resolución 607/2014, señalaba que *“Sentado lo anterior procede transcribir literalmente lo dispuesto en el artículo 24.1 del RGLCAP según el cual:*

“En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento”.

De acuerdo con este precepto, tal y como dijimos en nuestra Resolución 132/2014, es claro que todos y cada una de los integrantes de la UTE han de acreditar poseer los requisitos de solvencia que exija la licitación.

Ello no obstante, junto a este principio general, ha de tenerse en cuenta que, al mismo tiempo, el artículo 63 del TRLCSP, en línea con los artículos 47.2 y 48.3 de la Directiva 2004/18/CE, permite servirse de los medios de otras empresas para justificar la solvencia requerida con tal de que, efectivamente, acredite contar con aquéllos.

Señala este artículo 63 del TRLCSP: “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”.

Cabe concluir, por lo tanto, a la vista de este precepto, que si el recurso a medios externos es posible cuando éstos pertenecen a terceros extraños a la licitación, con más razón habrá de admitirse esta posibilidad cuando se trata de medios propios de las empresas de la UTE (véase a este respecto Resoluciones de este Tribunal 558/2013, 205/2012, 304/2011, entre otras), extremo que, además, es reconocido por los artículos 47.3 y 48.4 de la Directiva 2004/18/CE.

Ahora bien, este principio general ha de ser matizado en un doble sentido tal y como ya explicó este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución de 4 de abril de 2014 (281/14):

a.- De un lado, porque todo licitador, aunque se valga de medios externos, ha de acreditar un mínimo de solvencia propia (Resoluciones de este Tribunal 117/2012 y 560/2013, entre otras) tal y como se infiere, además del artículo 24.1 RGLCAP, de los artículos 54.1 (que considera como requisito de aptitud para contratar con el sector público la acreditación de la solvencia económica y técnica o de la clasificación cuando sea exigible), 62.1 (que alude a que los empresarios deberán estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia), 66.1 (que, aun dispensando de la clasificación a los empresarios extranjeros de Estados miembros de la Unión Europea, les exige acreditar la solvencia, ya concurran aisladamente, ya lo hagan en una Unión) y 227.2 e) (que impone límites al porcentaje que puede ser objeto de subcontratación, fórmula por excelencia, aunque no única, del recurso a medios externos), todos ellos del TRLCSP.

b.- De otro lado, porque el recurso a medios de otras empresas ha de entenderse limitado por la naturaleza del medio elegido por el órgano de contratación para acreditar la solvencia de manera que no será posible invocar el artículo 63 TRLCSP cuando dicho medio se refiera a aspectos propios e intrínsecos de la organización y funcionamiento de las empresas (Resoluciones de este Tribunal 254/2011, 238/2013, 531/2013).

Esta interpretación que, en todo caso, debe entenderse sin perjuicio de lo que dispongan los pliegos de la concreta licitación, en la medida en que no hayan sido impugnados y hayan devenido por ello firmes, es escrupulosamente respetuosa con el ordenamiento comunitario y, en particular, con los artículos 47.2 y 48.3 de la citada Directiva 2004/18/CE ya que éstos no autorizan a que se prescinda de la acreditación de toda solvencia propia del licitador que se valga de medios de terceros (integrados o no en una UTE), sino tan sólo a que pueda "basarse en las capacidades de otras entidades" lo que da a entender que posee cierta capacidad propia." En el mismo sentido nos pronunciábamos en las Resoluciones nº 13/2016, de 12 de enero, 217/ 2016, de 20 de mayo y 555/2016, de 8 de julio.

Ahora bien, el problema que se plantea a la hora de resolver sobre el fondo de los recursos, no reside en completar la solvencia con medios ajenos, sino que las empresas ADALID INMARK, S.L. e INSTITUTO EUROPA, S.L. no han atendido el requerimiento de subsanación efectuado por el órgano de contratación, al no aportar los certificados de buena ejecución y conformidad, que debían emitir los organismos públicos con los que hubieran contratado. Certificados que son requeridos por el PCAP y que se figura en los Anexos del Cuadro de Características, por lo que para dichas empresas concurre causa de exclusión, pues este Tribunal, en su resolución 175/2011 de 29 de junio, dictada en el recurso 131/2011, ha señalado que la participación en licitaciones públicas comporta la asunción de una serie de cargas formales que, además de ir orientada a que la adjudicación se realice a la oferta económicamente más ventajosa, pretenden garantizar que tal adjudicación se realice en condiciones de absoluta igualdad entre todos los licitadores. El cumplimiento de tales requisitos formales es, pues, una garantía de los licitadores que debe ser exigida por igual a todos ellos, sin que pueda ser obviada por el conocimiento extra procedimental que el órgano –o la mesa- de contratación ostente sobre la solvencia del licitador. Es evidente pues que tal solvencia debe ser acreditada, más en un procedimiento de concurrencia competitiva.

Respecto del momento en el que han de quedar cumplidas dichas cargas formales, se ha señalado reiteradamente (resoluciones, 196/2011, 369/2013, 581/2013, 645/2013, 282/2014 y 194/2015) que los licitadores han de acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad y de solvencia dentro del plazo de presentación de ofertas (artículos 146.1 TRLCSP y 80.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en adelante, RGLCAP) y, en su caso, en el de subsanación que se les conceda (artículo 81.2 RGLCAP), una vez superados los cuales ni siquiera resulta posible aportar nuevos documentos ante la Mesa (artículo 83.6 RGLCAP).

Por otro lado, el hecho de que una de las tres empresas que vayan a integrar la UTE, IBECON 2003, S.L., si acreditara la solvencia técnica suficiente en la forma requerida por el Pliego, no constituye un motivo para estimar el recurso y revocar el acuerdo de exclusión, pues las tres empresas de la UTE, al tener sus sedes sociales en las tres

ciudades distintas en las que van a ejecutar en solitario el contrato en cada uno de los tres Lotes, van también a ejecutarlo de forma separada e independiente, sin comunicación alguna de la solvencia técnica para las sociedades que no la han acreditado, lo que impide asimismo tener por acreditada la solvencia de UTE que van a constituir en el futuro.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar los recursos interpuestos por D. L.A.N., en representación de la sociedad IBECON 2003 S.L., por D. J.A.S.C., en representación de la mercantil INSTITUTO EUROPA S.L. y D. A.G.R., en representación de la entidad ADALID INMARK, S.L., contra el acuerdo de exclusión de 20 de octubre de 2016 de la licitación del contrato de servicios de *“Programas de Formación y Orientación laboral para personas privadas de libertad, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo y Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, a través del Programa de Inclusión Social y Economía Social (POISES) para el periodo 2014-2020”*, convocado por la Gerencia de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, expediente 2016/00080.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada de conformidad con el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra

f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.