



Recurso nº 108/2019

Resolución nº 220 /2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 8 de marzo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D^a N. G. S., en nombre y representación de FCC INDUSTRIAL E INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS, S.A. y por D. J. N. M., en nombre y representación de INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. contra la decisión de la Mesa de Contratación del Banco de España de 3 de enero de 2019, por la que se excluyó a ambas empresas (que licitaban bajo el compromiso de constituir una futura UTE) de la licitación convocada para la *“Contratación de las obras de construcción del nuevo Centro de Proceso de Datos (CPD) en el edificio del Banco de España en c/ Alcalá 48 de Madrid”* (expediente GCS 18/05923), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Banco de España convocó, mediante sendos anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el BOE el día 15 de junio de 2018, licitación para la contratación, por el procedimiento restringido, tramitación ordinaria y presentación electrónica de ofertas, del contrato de obras de construcción del nuevo Centro de Proceso de Datos (CPD) en el edificio del Banco de España en c/ Alcalá 48 de Madrid, cuyo valor estimado es de 14.044.242,79 euros.

A dicha licitación concurrieron las dos empresas recurrentes con el compromiso de constituir una futura UTE.

Segundo. La cláusula undécima del Pliego de Cláusulas Particulares (PCP) aplicable a dicha licitación dispone que el licitador deberá acreditar su solvencia económica y



financiera y técnica o profesional mediante su clasificación en el Grupo I “Instalaciones eléctricas”, Subgrupo 6 “Distribuciones en baja tensión”, Categoría 4.

El apartado 2 de la cláusula undécima del PCP establece que los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ya concurran al contrato aisladamente o integrados en una unión, podrían acreditar su solvencia mediante una declaración que ponga de manifiesto que cumplen con determinados requisitos de solvencia económica y financiera, técnica o profesional, que en dicha cláusula se relacionan.

Tercero. Previos los trámites procedimentales oportunos, el 21 de noviembre de 2018 la Mesa de Contratación requirió a las empresas de la UTE recurrente, que había quedado clasificada en primer lugar tras la evaluación de las ofertas, que aportara la documentación indicada en el artículo 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Cuarto. La Mesa de Contratación comprobó que INFORMÁTICA EL CORTE INGLES, S.A. (IECISA) no estaba clasificada como empresa contratista de obras, y que había presentado un compromiso con la empresa SIXSIGMA NETWORKS MEXICO, S.A. (en adelante, SIXSIGMA) para completar su solvencia con la de dicha empresa, por lo que el 17 de diciembre de 2018 la Mesa confirió trámite de subsanación, solicitando bien la aportación de la clasificación de SIXSIGMA, bien la justificación, por medio oficial, de que dicha empresa está, en su caso, exenta del requisito de la clasificación.

Quinto. El 20 de diciembre de 2018 la UTE formuló alegaciones en las que manifestaba que la empresa SIXSIGMA no estaba clasificada como empresa contratista de obras, y que dicha empresa mexicana estaba exenta del referido requisito en virtud de los acuerdos internacionales suscritos entre la Unión Europea y los Estados Unidos Mexicanos (Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre México y la Unión Europea del año 2000, y Acuerdo para la modernización del Acuerdo entre la Unión Europea y México, del año 2018), en virtud de los cuales SIXSIGMA quedaría sujeta al mismo régimen de acreditación de solvencia previsto para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea.



Sexto. Con fecha de 3 de enero de 2019 la Mesa de Contratación acordó la exclusión de la UTE recurrente, por no haber acreditado que posee la clasificación exigida en el PCP, ni la exención del requisito de la clasificación respecto de la empresa SIXSIGMA.

Dicho acuerdo fue notificado a la UTE recurrente el 4 de enero de 2019.

Séptimo. El 24 de enero de 2019 D^a N. G. S., en nombre y representación de FCC INDUSTRIAL E INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS, S.A. y D. J. N. M., en nombre y representación de INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. interpusieron recurso especial contra la decisión de exclusión adoptada por la Mesa de Contratación.

Octavo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.2 de la LCSP, el 29 de enero de 2019 el órgano de contratación remitió al Tribunal el expediente de contratación, con un informe en el que se opone a la estimación del recurso.

Noveno. Con fecha de 1 de febrero de 2018 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, confiriéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones (artículo 56.3 de la LCSP), trámite que no ha sido evacuado por ninguno de ellos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, por ser la entidad contratante un poder adjudicador del sector público estatal (artículo 45.1 de la LCSP). En reiteradas ocasiones (por todas, Resoluciones 582/2015, de 19 de junio, 860/2015, de 25 de septiembre, 888/2016, de 28 de octubre, o 1072/2018, de 23 de noviembre) el Tribunal ha considerado que el Banco de España es una entidad sujeta a la legislación de contratos del sector público y cuyos actos dictados en procedimientos de contratación pueden ser susceptibles de este recurso especial, en los supuestos legalmente previstos.

Segundo. Concorre en las empresas recurrentes la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP pues, habiendo concurrido a la licitación con el compromiso de constituir una futura UTE, su oferta quedó clasificada en el primer lugar, y ha resultado finalmente



excluida de la licitación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, siendo evidente, por ello, su interés en impugnar el referido acuerdo de exclusión.

Tercero. La presente impugnación se refiere a un contrato de obras de valor estimado superior a 3.000.000 de euros, por lo que es susceptible de recurso especial conforme al artículo 44.1.a) de la LCSP.

Cuarto. Se impugna una decisión de la Mesa de Contratación por la que la empresa recurrente resulta excluida de la licitación, acto susceptible de recurso conforme al artículo 44.2.b) de la LCSP.

Quinto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50.1. c) de la LCSP.

Sexto. Entrando ya en las alegaciones de las partes, la empresa recurrente fundamenta su recurso en los siguientes motivos:

1. La clasificación de la empresa SIXSIGMA no es necesaria, porque no es licitadora, y porque la normativa aplicable al contrato no lo exige:

- La UTE recurrente entiende, en primer lugar, que el artículo 69.6 de la LCSP –que exige para que pueda tener lugar la acumulación de las clasificaciones de las empresas que concurren agrupadas que todas ellas hayan obtenido previamente la clasificación como empresas de obras– es aplicable a las UTES y, concretamente, a sus integrantes, que son quienes licitan y contratan con el sector público, pero no a las entidades en cuya solvencia y medios se basen esos licitadores.

Considera que tanto el artículo 75 de la LCSP como el PCP permiten a los empresarios que concurren agrupados recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal, y que dichas empresas que completan la solvencia de los licitadores no tienen por qué estar clasificadas. Entiende que, a tenor del artículo 75 de la LCSP, la integración de la solvencia con medios externos sólo exige demostrar la disposición efectiva de la solvencia y los medios, y que las empresas a las que se recurre no estén incurso en una prohibición de contratar. Invoca la UTE recurrente la jurisprudencia y la doctrina del TACRC



relativa a la flexibilidad en la forma de acreditar la solvencia por medios externos, y concluye que el órgano de contratación no puede imponer que la acreditación se haga a través de una forma concreta, la clasificación.

- En segundo lugar, la UTE recurrente considera que la normativa aplicable al contrato no exige que SIXSIGMA esté clasificada, pues conforme a la Circular Interna del Banco de España 4/2018, de 24 de julio, la preparación y adjudicación de sus contratos se somete a los artículos 317 y 318 de la LCSP, siendo así que el artículo 317 declara aplicables a los contratos armonizados de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título I del Libro II de la LCSP, que se corresponde con los artículos 115 a 187 de la citada Ley, entre los que no se incluyen los preceptos relativos a la clasificación. Entiende la UTE recurrente que, en tanto poder adjudicador que no es Administración Pública, al Banco de España no le resulta legalmente aplicable el artículo 69.6 de la LCSP, y que sólo sería aplicable la exigencia de clasificación en todas las empresas que liciten agrupadas del artículo 69.6 de la LCSP si los Pliegos así lo recogieran, cosa que no ocurre.

2. De considerarse exigible la clasificación respecto de la empresa SIXSIGMA, la UTE recurrente considera que dicha empresa estaría exenta de este requisito. En concreto, considera en este punto que:

- El requerimiento de subsanación efectuado por la Mesa de Contratación el 17 de diciembre de 2018 exigía *“justificar o acreditar, por medio oficial, la exención del requisito de clasificación aportando la documentación correspondiente”*. La recurrente cita los supuestos de exención del artículo 78 de la LCSP (relativos a los empresarios de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el espacio Económico Europeo, y a la autorización excepcional del Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, para que la Administración General del Estado o los organismos y entidades de ellas dependientes puedan contratar con personas que no estén clasificadas, cuando así sea conveniente para los intereses públicos), y alega que el primer supuesto no resulta aplicable porque se refiere a los licitadores (no a terceras empresas a las que recurran los licitadores para completar su solvencia), y que el segundo requisito tampoco es de aplicación al caso porque ni el



Banco de España es una entidad dependiente del Estado ni la empresa SIXSIGMA sería entidad contratista, sin perjuicio de que, además, no fuera posible obtener dicha autorización en el plazo de tres días conferido para la subsanación.

- En el improbable caso de que se considerase que la clasificación fuese exigible a SIXSIGMA, entiende la recurrente que dicha empresa estaría exenta de este requisito en virtud de los Acuerdos Internacionales entre la Unión Europea y los Estados Unidos Mexicanos sobre el Libre Comercio. Invoca la UTE recurrente, a estos efectos:

a) La Decisión del Consejo de 28 de septiembre de 2000 relativa a la celebración del Acuerdo de Asociación económica, concertación política y cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros y los Estados Unidos Mexicanos, aprobado el 8 de diciembre de 1997 (Acuerdo de Asociación), que favorece la progresiva apertura de los procesos de contratación pública a fin de garantizar un tratamiento recíproco entre los empresarios de ambas Partes.

b) La Decisión 2/2001, de 27 de febrero, del Consejo Conjunto CE- México, relativa al comercio de servicios, inversión y protección de la propiedad intelectual, en vigor desde el 1 de marzo de 2001, que desarrolla el Acuerdo de Asociación, y que adopta medidas específicas en materia de contratación pública, prohibiendo restricciones cuantitativas al comercio entre las Partes desde su entrada en vigor.

c) La Decisión 2/2000 del Consejo Conjunto sobre comercio de bienes, compra de bienes, compras de gobierno, cooperación en materia de competencia, consulta de propiedad intelectual y solución de controversias, en vigor el 30 de junio de 2000, que desarrolla el Acuerdo de Asociación citado y que establece la equivalencia de trato de empresas provenientes de México con los países de la Unión Europea. Indica la recurrente que su Anexo XII, en desarrollo del artículo 29, dicha Decisión remite al artículo 1009 que transcribe, que prohíbe la discriminación de proveedores de la otra Parte durante el procedimiento de licitación.

d) El Acuerdo entre la Unión Europea y México de 21 de abril de 2018 para la Modernización del Acuerdo alcanzado entre México y la Unión Europea en materia de contratación pública,



cuyo Anexo V impide a las partes exigir a las empresas de la otra parte la obligación de estar incluidas en cualquier sistema de registro o procedimiento de clasificación para poder tomar parte en procedimientos de contratación pública.

Señala la UTE recurrente que este Acuerdo de Modernización está firmado y sólo pendiente de ratificación inminente por el Parlamento Europeo y que, dado que la Convención de Viena de 1969 impuso a los Estados signatarios la obligación de no frustrar el fin de un Tratado antes de su entrada en vigor, se impone la no exigencia de clasificación a SIXSIGMA.

Séptimo. El órgano de contratación, en su informe al recurso, se opone a su estimación por los siguientes motivos:

1. Considera que las empresas recurrentes están planteando, en sede de recurso, cuestiones que no formularon en el procedimiento de contratación y sobre las que el Banco de España no pudo pronunciarse al tiempo de valorar la procedencia de la exclusión (concretamente, el primer motivo de recurso relativo a la innecesariedad de clasificación en la empresa que completa la solvencia del licitador, y la invocación de Decisiones o actos de aplicación de los Acuerdos internacionales que se citan en el segundo motivo de recurso), y que, dada la función revisora del Tribunal, procede la inadmisión de tales cuestiones nuevas.

2. El órgano de contratación indica que la clasificación es obligatoria en todos los contratos de obras de valor estimado igual o superior a 500.000 euros, y que tanto la cláusula 11 del PCP como el artículo 52.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establecen que para proceder a la acumulación de clasificaciones de las empresas que liciten agrupadas será necesario que todas ellas hayan obtenido previamente la clasificación como empresas de obras, siendo así que IECISA no está clasificada.

Dado que IECISA aportó un compromiso de completar su solvencia con los medios de la empresa SIXSIGMA, se requirió la aportación de la clasificación de esta última empresa o la justificación de que estaba exenta del requisito de clasificación. Por tanto, no se le exige



que acredite su clasificación en su condición de empresa licitadora, sino en la medida en que una de las dos empresas que concurrieron agrupadas a la licitación aportaba un compromiso de completar su solvencia con los medios de SIXSIGMA. El órgano de contratación no niega la posibilidad de integrar la solvencia con medios externos, pero sostiene que dicha integración debe completar la solvencia legalmente exigida que, en este caso, consiste en la clasificación, siendo así que la única excepción que el artículo 69.5 de la LCSP contempla, a estos efectos, es la relativa a las empresas de Estados miembros de la Unión Europea o de un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. No estando incluida la empresa SIXSIGMA en ninguna de esas dos excepciones, debía estar clasificada para poder completar la solvencia de IECISA. En suma, tanto los licitadores nacionales como los de empresas de Estados que no pertenezcan a la Unión Europea (con excepción de las que provengan de un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo) que concurran en una UTE o que tengan la consideración de tercero a cuyas capacidades recurren los miembros de una UTE, debían estar clasificados como empresas de obra.

Bajo las anteriores premisas, el órgano de contratación se opone a las alegaciones de las recurrentes con base en las siguientes consideraciones:

- Niega que la clasificación no sea exigible a SIXSIGMA por no tener dicha empresa la condición de licitador. El requerimiento de acreditación de la clasificación se fundó en su condición de empresa llamada a completar la solvencia de una licitadora que se comprometió a completar su solvencia (la clasificación legalmente exigible) con medios externos, los de la empresa SIXSIGMA, que por tal motivo debía estar clasificada como empresa de obras. Entender otra cosa llevaría, a juicio del órgano de contratación, a la absurda conclusión de admitir que la clasificación dejase de ser obligatoria en cualquier contrato, por el mecanismo de acudir un licitador no clasificado a los medios externos de otra empresa no licitadora que tampoco esté clasificada.

- El Banco de España niega que el requisito de la clasificación pueda ser suplido con el compromiso de completar la solvencia a través de los medios que el licitador considere oportuno. Las sentencias y resoluciones citadas por la UTE recurrente se refieren a contratos de servicios, en los que la clasificación no es obligatoria.



- El órgano de contratación se opone a la interpretación de las empresas recurrentes relativa a la falta de aplicación a la contratación del Banco de España de los preceptos de la LCSP relativos a la exigencia de clasificación. El hecho de que el artículo 317 de la LCSP remita en la preparación y adjudicación de los contratos armonizados de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública a las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título I del Libro II de dicho texto legal, no excluye la aplicación a dichas entidades de otros preceptos distintos de la LCSP que contienen referencias a los poderes adjudicadores. El razonamiento de las recurrentes llevaría a excluir la aplicación de los artículos 44 y siguientes de la LCSP, relativos al recurso especial en materia de contratación. Las consideraciones anteriores se refuerzan, añade el Banco de España, a la vista del artículo 77.5 de la LCSP, que contempla la aplicación potestativa de los preceptos relativos al régimen de clasificación por los poderes no adjudicadores, que son las únicas entidades para las que no resulta obligatorio el régimen de clasificación.

- La exigencia de una justificación formal de la eventual exención de la clasificación no equivale a una justificación efectuada necesariamente *“por medio oficial”*, sino a una justificación adecuada, de ahí el empleo de la expresión *“en su caso”*. De hecho, el Banco de España entró a examinar las alegaciones de las recurrentes (basadas en su interpretación de Acuerdos Internacionales), y ello aunque no aportaron un certificado *“oficial”*. Se aplicó al trámite de subsanación del artículo 150.2 de la LCSP el plazo de tres días legalmente previsto en los artículos 141.2 de la LCSP y 81 del RGLCAP, que es, además, el plazo que el Tribunal consideró aplicable en su Resolución 747/2018, de 31 de julio, ello sin perjuicio de que la obligación que incumbe al licitador de acreditar las condiciones de solvencia exigidas no sólo tenga que concurrir en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, sino desde el momento de presentación de la oferta (artículo 140.4 de la LCSP).

- Finalmente, argumenta el órgano de contratación que los Acuerdos Internacionales celebrados entre la Unión Europea y los Estados Unidos de México no eximen a SIXSIGMA del requisito de la clasificación. En concreto:

a) El Acuerdo de Asociación económica, concertación política y cooperación de 20 de marzo de 2000 recoge, a juicio del Banco de España, una mera intención de las Partes de



proceder a la apertura de los mercados con base en el principio de reciprocidad, pero no contiene ninguna obligación concreta de las Partes al respecto.

b) La Decisión 2/2001, de 27 de febrero, del Consejo Conjunto CE- México, invocada *ex novo* en sede de recurso, no regula en ningún precepto materias de contratación pública.

c) La Decisión 2/2000, de 23 de marzo, del Consejo Conjunto CE- México establece diferentes reglas de contratación aplicables para México o la Unión Europea, siendo así que el artículo 1009 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte sólo es de aplicación a las licitaciones que se celebren por las entidades mexicanas. Y tanto el Acuerdo como la Decisión 2/2000 del Consejo Conjunto CE- México admiten la utilización de sistemas de clasificación de proveedores siempre que no supongan un trato discriminatorio con respecto a los licitadores nacionales. La LCSP impone la clasificación como empresa contratista de obras a todas las empresas nacionales y extracomunitarias, excluyendo de dicha exigencia sólo a las empresas de Estados miembros de la Unión Europea o Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, por lo que el requisito de la clasificación resulta aplicable a las empresas mexicanas, en igualdad de condiciones que a las empresas españolas. El órgano de contratación cita la Resolución 66/2014, de 28 de enero, en la que el Tribunal aplicó dicha doctrina respecto de una empresa de nacionalidad estadounidense.

d) El Acuerdo de 21 de abril de 2018, para la modernización del Acuerdo alcanzado entre México y la Unión Europea, no está en vigor sino en fase de negociación, tal y como se desprende del cuadro *Disclaimer* que figura al inicio del documento que las recurrentes adjuntan a su recurso especial, de la nota de prensa que las recurrentes adjuntan como anexo 4 a su recurso, y como consta en la página oficial *web* del Consejo Europeo y del Consejo de la Unión Europea dedicada a Acuerdos comerciales de la Unión Europea. Añade el Banco de España, a efectos meramente dialécticos, que el artículo 8.1 del citado Acuerdo no exime a las empresas mexicanas del requisito de la clasificación, puesto que permite a las entidades contratantes mantener un sistema de registro de proveedores, de forma que cuando se produzca la entrada en vigor de dicho Acuerdo las partes podrán mantener procedimientos de clasificación de empresas con el único límite de que



impliquen obstáculos innecesarios a la participación de proveedores de la otra Parte en sus contrataciones.

Octavo. Antes de entrar en el fondo del asunto, con carácter previo se ha de abordar la petición del órgano de contratación de que se inadmitan determinados motivos de recurso que considera cuestiones nuevas planteadas *ex novo* por las recurrentes, y sobre las que no tuvo ocasión de pronunciarse la Mesa de Contratación al tiempo de acordar la exclusión objeto de recurso. El Banco de España considera cuestiones nuevas, en concreto, el argumento del primer motivo de recurso relativo a la innecesariedad de clasificación en la empresa que completa la solvencia del licitador, y la invocación de Decisiones o actos de aplicación de los Acuerdos internacionales que se citan en el segundo motivo de recurso.

Es cierto que el Tribunal ejerce una función revisora que ha de limitarse a verificar la adecuación a Derecho de los actos del procedimiento de contratación objeto de recurso, sin que sea dable la introducción por los recurrentes de cuestiones nuevas ajenas a dicho procedimiento, y sobre las que la Administración contratante no tuvo ocasión de pronunciarse en su momento. Ello no obstante, en este caso el Tribunal aprecia que, más que cuestiones nuevas, lo que las empresas recurrentes plantean son nuevos argumentos en apoyo de la postura que inicialmente mantuvieron, y que no representan una modificación sustancial de esa postura inicial.

Por todo ello, y en aras del principio *pro actione*, se examinarán seguidamente todos los argumentos aducidos por las empresas recurrentes que, además, han sido extensamente contestados por el Banco de España en su informe al recurso.

Noveno. Entrando en el fondo del asunto, dado que el contrato que se considera es un contrato de obras de valor estimado superior a 500.000 euros, hay que concluir, a tenor de lo dispuesto en el artículo 77.1.a) de la LCSP, que la clasificación resulta exigible desde un punto de vista objetivo, pues el citado precepto dispone que “*para los contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 500.000 euros será indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado como contratista de obras de los poderes adjudicadores*”.



Desde el punto de vista subjetivo, la anterior conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que la entidad contratante sea un poder adjudicador que no tiene la condición de Administración Pública. El propio artículo 77.1.a) *in fine* de la LCSP alude, al regular la exigencia de clasificación en el contrato de obra, a los poderes adjudicadores. Y el hecho de que la preparación y adjudicación de los contratos armonizados que celebren los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas se someta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 317 de la LCSP, “a las normas establecidas en las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título I del Libro II” de dicha Ley (artículos 115 a 187), no obsta para que resulten aplicables a dichos poderes adjudicadores otros preceptos de la LCSP ubicados en lugares distintos, que o bien se refieren expresamente a todo el sector público (v.g., duración de los contratos (artículo 29), competencia para contratar (artículo 61), condiciones de aptitud (artículo 65), ...), o bien se citan expresamente a los poderes adjudicadores (por ejemplo, encargos a medios propios por poderes adjudicadores del artículo 32, perfección de los contratos (artículo 36), supuestos de invalidez de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores (artículo 38), o recurso especial en materia de contratación (artículo 44), entre otros muchos supuestos). Abunda en lo expuesto el hecho de que el artículo 77.5 de la LCSP disponga que “las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores podrán acordar la aplicación del régimen dispuesto en el apartado 1 de este artículo” (relativo, como se ha expuesto, a la exigencia de clasificación), de donde se desprende, *a contrario sensu*, que las restantes entidades del sector público no expresamente contempladas en dicha regla especial (y, por tanto, los poderes adjudicadores) quedan sujetas a las reglas sobre clasificación que recoge la LCSP.

Por tanto, ha de entenderse que resulta aplicable a la presente licitación el artículo 77 de la LCSP, relativo a la exigencia de clasificación en los contratos de obras de valor estimado igual o superior a 500.000 euros, y todos los preceptos concordantes que establecen reglas en materia de clasificación (como el artículo 69.6 de la LCSP, al que posteriormente se aludirá, relativo a la apreciación de clasificación en caso de empresas que concurren agrupadas a la licitación).

Hay que añadir que la exigibilidad de clasificación en el contrato de obras objeto de recurso no deriva sólo de la LCSP sino, adicionalmente, del propio PCP, cuya cláusula 11.1 dispone



que “el licitador deberá acreditar su solvencia económica y financiera y técnica o profesional mediante su clasificación en el Grupo I: ‘Instalaciones eléctricas’, Subgrupo: 6 ‘Distribución en baja tensión’, categoría: 4...”, y cuya cláusula 11.2 sólo permite acreditar la solvencia de forma distinta a la clasificación, en el caso de empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ya concurran individualmente o integrados en una unión (en consonancia con lo dispuesto en el artículo 78.1 de la LCSP). Dado que el pliego es, conforme a reiterada doctrina y jurisprudencia, la Ley del contrato, y dado que las empresas recurrentes no lo recurrieron en tiempo y forma, se ha de concluir que la exigencia de clasificación resultaba necesaria en el contrato objeto de recurso.

Procede, por lo expuesto, desestimar el motivo de recurso relativo a la falta de exigencia de clasificación conforme a la normativa aplicable al contrato.

Partiendo de la exigencia de clasificación en el presente supuesto, se examinará seguidamente cómo se ha de acreditar la misma en caso de empresas que liciten con el compromiso de constituir una futura UTE.

Décimo. El artículo 69.6 de la LCSP, relativo a las uniones de empresarios, dispone que “a los efectos de valorar y apreciar la concurrencia del requisito de clasificación respecto de los empresarios que concurran agrupados se atenderá, en la forma que reglamentariamente se determine, a las características acumuladas de cada uno de ellos, expresadas en sus respectivas clasificaciones. En todo caso, será necesario para proceder a esta acumulación que todas las empresas hayan obtenido previamente la clasificación como empresas de obras, sin perjuicio de lo establecido para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea y de los Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo...”. Esta previsión se completa con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 69 de la LCSP (con arreglo a la cual “Para los casos en que sea exigible la clasificación y concurran en la unión empresarios nacionales, extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea ni de un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y extranjeros que sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, los que pertenezcan a los dos primeros grupos deberán



acreditar su clasificación, y estos últimos su solvencia económica, financiera y técnica o profesional”), y está en consonancia con la regla general del artículo 78.1 de la LCSP, a cuyo tenor “No será exigible la clasificación a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ya concurran al contrato aisladamente o integrados en una unión, sin perjuicio de la obligación de acreditar su solvencia”, previsión, esta última, recogida en la cláusula 11.2 del PCP aplicable al presente contrato.

De lo expuesto se desprenden unas reglas muy claras:

1º. Los empresarios que liciten agrupados pueden acumular, en la forma prevista reglamentariamente (en concreto, conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del RGLCAP) sus respectivas clasificaciones, sin bien *“en todo caso”* esa eventual acumulación se supedita a que todas las empresas hayan obtenido previamente la clasificación como empresa de obras.

2º. La exigencia de clasificación como empresa de obras resulta aplicable a todos los empresarios, con la única excepción de los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ya concurran al contrato aisladamente o integrados en una unión, que podrán acreditar su solvencia de otro modo, conforme a lo que dispongan los pliegos.

Tal y como se indicó en el informe de la entonces Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 26/12, de 7 de mayo de 2013, *“debe considerarse requisito ineludible, para que una agrupación de empresas sea admitida a una licitación en la que se requiera una determinada clasificación en obras o en servicios, el que todas las empresas que concurren en la agrupación estén clasificadas como contratistas del Estado, sin que pueda admitirse que una de las empresas agrupadas carezca de tal clasificación. Todo ello sin perjuicio de lo establecido para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea.”*

Por tanto, la acumulación de clasificaciones entre empresas que liciten de forma agrupada exige que todas ellas estén clasificadas como contratistas de obras, requisito que no



cumplía IECISA. Dicha exigencia se desprende, por todas, de la Resolución 743/2018, de 31 de julio, en la que se afirmó lo siguiente: *“Por otra parte, la norma general de la que parte el artículo 24 del Reglamento General de la Ley de Contratos, es la de la acumulación, aunque en caso de exigir la clasificación, la regla tenga características propias establecidas legal (artículo 67 del TRLCSP) y reglamentariamente (artículo 52 del RGLCAP). Regla de acumulación que, en todo caso, exige la acreditación por todos y cada uno de los integrantes de la UTE de algún tipo de solvencia para que pueda acumularse la misma. (...) Las UTE son un sistema de agrupación de empresas que da lugar a un ente sin personalidad jurídica, que tiene como fin la ejecución de una obra, servicio o suministro determinado. Al no tener la UTE personalidad jurídica propia, los requisitos de capacidad y solvencia –al igual que el de clasificación– y la ausencia de circunstancias que prohíban la contratación, han de referirse a los miembros que la conforman previendo la normativa de contratos que la solvencia, y en especial la clasificación cuando sea exigible, puede completarse con la que tenga el resto de miembros de la UTE. Ahora bien, ello no permite que basta con que una de las empresas de la UTE no esté incurso en ninguna de las causas de prohibición o solo una de ellas tenga aptitud legal para prestar el objeto del contrato. Una cosa es que la legislación favorezca la unión de los recursos de empresas para facilitar la concurrencia y otra muy distinta que se extienda hasta el punto de aceptar en dichas uniones empresas que ni siquiera podrían prestar el objeto del contrato con los requisitos mínimos que pudieren ser exigidos. Incluso si se trata de extender la clasificación concreta de una de las empresas de la UTE se exige que la otra también al menos esté clasificada.”*

Invocan las empresas un compromiso de acreditación de la solvencia de IECISA con medios externos, y argumentan que en este caso la empresa externa (ajena a la licitación y a la UTE) llamada a completar la solvencia de IECISA (SIXSIGMA) no requería estar clasificada, argumento que el Tribunal no considera atendible.

El Tribunal, con base en las Directivas de contratación pública y en la legislación española que las incorpora al derecho interno, ha admitido en reiteradas ocasiones la posibilidad de completar la solvencia con medios externos, si bien *“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 (art. 63 TRLCSP)” (Resolución 393/2016, de 20 de mayo, entre otras muchas).

En la Resolución 13/2016, de 12 de enero, se indicaba con respecto de la admisión de medios externos para completar la solvencia, lo siguiente: *“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)”.*

Aunque tanto este Tribunal como diversos órganos consultivos (Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 44/16, de 13 de julio de 2017, o informe 2/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de la Comunidad Autónoma de Aragón) admiten, con base en las Directivas Comunitarias y en la legislación española que las transpone, que tanto la solvencia económica y financiera como la solvencia técnica y profesional puedan completarse acudiendo a medios externos, es condición previa a dicha integración que el licitador disponga de alguna solvencia propia, circunstancia que IECISA



no acreditó, al no estar clasificada como contratista de obras. El no haber acreditado ningún tipo de solvencia constituiría, *per se*, causa de exclusión.

Ello, no obstante, dado que la Mesa de Contratación requirió a IECISA que justificase su solvencia con base en el compromiso de adscripción de medios externos, se examinará seguidamente, en aras del principio de congruencia, la adecuación a Derecho del acuerdo de exclusión, basado en la falta de acreditación de la solvencia por parte de la empresa (SIXSIGMA).

Undécimo. Siendo legalmente exigible la clasificación en el contrato de obras que se examina, las empresas recurrentes, que concurrieron con el compromiso de constituir una futura UTE, podían haber acudido al mecanismo de acumulación de sus clasificaciones pero, para ello, ambas tenían que estar previamente clasificadas como empresas de obras, requisito que no concurría en el caso de IECISA.

Sin perjuicio de que IECISA no haya acreditado ninguna solvencia propia, resulta inadmisibles pretender completar su falta de solvencia acudiendo a los medios externos de una empresa (SIXSIGMA), que tampoco estaba clasificada como contratista de obras. La posibilidad de completar la solvencia de una de las dos empresas con medios externos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 75 de la LCSP, necesariamente debía permitir a la empresa IECISA acreditar que, a través de dichos medios externos, contaba con la solvencia exigible, que no es otra que la clasificación como contratista de obras.

No se discute que el artículo 75 de la LCSP permite la integración de la solvencia con medios externos (*“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. En las mismas condiciones, los empresarios que concurren agrupados en las uniones temporales a que se refiere el artículo 69, podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal”*). Tampoco se cuestiona que en la acreditación de la solvencia por medios externos se admita un considerable grado de



flexibilidad. Pero una cosa es que la integración de la solvencia no esté sujeta a criterios formales, y otra que los medios externos de acreditación de la solvencia que ofrezca un licitador sean insuficientes para acreditar la solvencia mínima exigible conforme a la Ley y al Pliego.

No resultan atendibles los argumentos de las empresas recurrentes relativos a la inexigibilidad de clasificación a la empresa SIXSIGMA por no ser licitadora ni llegar a ser, consecuentemente, contratista con el sector público. Como bien señala el órgano de contratación, el requerimiento para justificar la clasificación exigible o de estar exenta de ella se efectuó a SIXSIGMA no en su condición de licitadora, sino por ser la empresa llamada a completar la solvencia técnica de IECISA, según el compromiso aportado por ésta. Carecería de sentido, y entrañaría un claro fraude de Ley, que las empresas licitadoras pudieran eludir la exigencia legal de clasificación acudiendo a la acreditación de la solvencia por medios externos mediante empresas no clasificadas, con el argumento de que, al no ser licitadoras, no están sujetas a la exigencia de clasificación. Si un licitador pretende completar su solvencia acudiendo a empresas externas, éstas deben reunir la solvencia exigible (en este caso, al menos, la clasificación como contratista de obra), pues de otro modo la solvencia del licitador no queda completada.

No procede, en suma, el argumento de la recurrente que, con base en una interpretación literal del artículo 75 de la LCSP, concluye que la integración de la solvencia con medios externos sólo se supedita a la demostración de la disposición efectiva de la solvencia y medios y a que la entidad a la que se recurre no esté incurso en una prohibición para contratar, interpretación expresamente rechazada en la ya citada Resolución 743/2018, de 31 de julio. En el primero de dichos requisitos (demostración efectiva de la solvencia) está implícita la necesidad de acreditar la concreta solvencia exigida y no otra, siendo así que, en esta caso, la solvencia mínima exigida (para permitir su acumulación con la de otra empresa licitadora) era la clasificación como empresa de obras.

Por todo lo expuesto, debe concluirse que en el contrato objeto de recurso las empresas licitadoras españolas y extranjeras de Estados no pertenecientes a la Unión Europea o que no sean signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo debían contar con clasificación como empresas de obra, y que la eventual integración de la solvencia con



medios externos debía respetar y acreditar esa exigencia de clasificación. En consecuencia, de acuerdo con la normativa española aplicable al contrato, la empresa SIXSIGMA debía estar acreditada como contratista de obras.

Duodécimo. Procede examinar si la empresa SIXSIGMA estaba exenta de la obligación de clasificación en virtud de las normas internacionales invocadas por las empresas recurrentes.

El Tribunal también comparte en este punto los argumentos del órgano de contratación. Efectivamente:

-El Acuerdo de Asociación económica, concertación política y cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, de una parte, y los Estados Unidos Mexicanos, de otra, firmado el 8 de diciembre de 1997 (Decisión 2000/658/CE del Consejo de 28 de septiembre de 2000) contiene una enumeración de objetivos generales de cooperación que no se traduce en obligaciones concretas para las partes. Dispone en su artículo 2 que *“El Acuerdo tiene por finalidad fortalecer las relaciones entre las Partes sobre la base de la reciprocidad y del interés común. A tal fin, el Acuerdo institucionalizará el diálogo político, fortalecerá las relaciones comerciales y económicas a través de la liberalización del comercio de conformidad con las normas de la OMC, y reforzará y ampliará la cooperación”*. Y recoge en su artículo 10, relativo a la contratación pública, una mera intención u objetivo general, pendiente de concreción: *“Las Partes acordarán la apertura gradual y recíproca de los mercados de contratación pública acordados sobre una base de reciprocidad”*.

-La Decisión 2/2001, de 27 de febrero, del Consejo Conjunto CE- México, aplica los artículos 6 y 9, la letra b) del apartado 2 del artículo 12 y el artículo 50 del Acuerdo de Asociación económica, concertación política y cooperación, y no regula en ningún precepto materias de contratación pública.

-La Decisión 2/2000, de 23 de marzo, del Consejo Conjunto CE- México, desarrolla acuerdos para lograr la apertura de los mercados convenidos de contratación pública de las Partes (artículo 1), e impone a éstas la obligación de que sus entidades no den a un



proveedor de la otra Parte un trato menos favorable que el otorgado a otro proveedor establecido localmente (artículo 26). Como indica el órgano de contratación en su informe al recurso, la referida Decisión establece reglas diferentes de contratación para México o para la Unión Europea (artículo 29: “1. México aplicará las reglas y procedimientos especificados en la parte A del anexo XII y la Comunidad aplicará las reglas y procedimientos especificados en la parte B del anexo XII”), siendo así que el artículo 1009 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, transcrito e invocado por las empresas recurrentes, figura en la parte A del Anexo XII y, por tanto, sólo resulta aplicable a las licitaciones que celebren las entidades mexicanas, quedando, por tanto, admitido el empleo de sistemas de clasificación de proveedores siempre que no supongan un trato discriminatorio con respecto a los licitadores nacionales (lo que no ocurre con arreglo a la legislación española, que aplica a las empresas mexicanas el mismo trato –exigencia de clasificación– que se aplica a las empresas españolas).

-El Acuerdo de 21 de abril de 2018, para la modernización del Acuerdo alcanzado entre México y la Unión Europea, no está en vigor, a tenor de la propia información facilitada por las empresas recurrentes: el cuadro “*Disclaimer*” que figura al inicio del documento nº 5 que las recurrentes adjuntan a su recurso especial así lo declara (“*The texts are published for information purposes only and may undergo further modifications including as a result of the process of legal revision. The texts are still under negotiations and not finalised. (...) These texts are without prejudice to the final outcome of the agreement between the EU and Mexico. The texts will be final upon signature. The agreement will become binding on the Parties under international law only after completion by each Party of its internal legal procedures necessary for the entry into force of the Agreement (or its provisional application)*”). En el mismo sentido se expresa la página web del Consejo Europeo y del Consejo de la Unión Europea dedicada a los acuerdos comerciales de la Unión Europea, en la que se indica, respecto a este Acuerdo, que “*Partiendo del acuerdo de principio alcanzado hoy, los negociadores de las dos partes seguirán trabajando para resolver las cuestiones técnicas pendientes y ultimar todo el texto jurídico antes de que finalice el año. A continuación, la Comisión procederá a la verificación jurídica y a la traducción del acuerdo a todas las lenguas oficiales de la UE, y posteriormente lo someterá a la aprobación del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea*”. No procede, por lo expuesto,



atribuir al mencionado Acuerdo eficacia jurídica, por lo que no resulta necesario entrar a analizar su contenido, ni la afirmación del Banco de España de que el artículo 8.1 del citado Acuerdo no eximirá, cuando entre en vigor, a las empresas mexicanas del requisito de la clasificación, puesto que permite a las entidades contratantes mantener un sistema de registro de proveedores conforme al principio de reciprocidad.

Por todo lo expuesto, no cabe apreciar exención a la obligación de clasificación respecto de la empresa SIXSIGMA, por lo que procede desestimar este motivo de recurso.

Decimotercero. Resta examinar los motivos de recurso que se refieren a la exigencia de justificación formal de la exención de clasificación.

El requerimiento efectuado por el órgano de contratación en el trámite del artículo 150.2, confiriendo un plazo de tres días a las recurrentes para que, *“comprobado que la empresa INFORMATICA EL CORTE INGLÉS, S.A. no tiene clasificación de obras, obligatoria según se desprende de la Ley 9/2017 (...) y que dicha empresa manifestó acreditar su solvencia mediante la integración de medios externos...”*, aportaran *“la clasificación de obras de la empresa SIXSIGMA o bien justifiquen y acrediten, por medio oficial, en su caso, la exención del requisito de clasificación aportando la documentación correspondiente”*, no merece reproche alguno.

El plazo de tres días conferido se ajusta a la normativa aplicable (artículo 141.2 de la LCSP y 81 del RGLCSP), y no cabe calificarlo de insuficiente si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 140.4 de la LCSP, *“las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar (...) deberán concurrir en la fecha final de presentación de las ofertas...”*.

La LCSP permite en su artículo 78.2 la exención singular de la obligación de clasificación por autorización del Consejo de Ministros, por lo que tiene sentido la referencia a justificación oficial, sin perjuicio de que el requerimiento admita medios alternativos, como se desprende de la locución *“en su caso”*.

En fin, el órgano de contratación entró a examinar las justificaciones *“no oficiales”* aportadas por las recurrentes, basadas en Acuerdos internacionales en los que éstas



pretendían justificar la exención de la obligación de clasificación de la empresa SIXSIGMA, por lo que este motivo de recurso, de contenido puramente formal, carece de virtualidad práctica y, por los motivos expuestos, ha de ser desestimado.

Dado que, conforme a todo lo indicado, las recurrentes no acreditaron en el momento procedimental oportuno la clasificación como contratista de obras de la empresa INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A., ni por sí, ni mediante el compromiso de integración de la solvencia con medios externos (los de la empresa mexicana SIXSIGMA, que no está clasificada), la exclusión acordada por la Mesa de Contratación fue ajustada a Derecho, por lo que procede desestimar el presente recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D^a N. G. S., en nombre y representación de FCC INDUSTRIAL E INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS, S.A. y por D. J. N. M., en nombre y representación de INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. contra la decisión de la Mesa de Contratación del Banco de España de 3 de enero de 2019, por la que se excluyó a dichas empresas, que concurrían bajo el compromiso de constituir una UTE, de la licitación convocada para la *“Contratación de las obras de construcción del nuevo Centro de Proceso de Datos (CPD) en el edificio del Banco de España en c/ Alcalá 48 de Madrid”* (expediente GCS 18/05923).

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del presente recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.