



Recurso nº 704/2019

Resolución nº 811/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 11 de julio de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. F. P. P., en nombre y representación de COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.U., contra la resolución de 21 de mayo de 2019 de la Presidente del Comisionado para el Mercado de Tabacos, de adjudicación del contrato para la prestación del *“servicio de recepción, almacenamiento, conservación, traslado, transporte y destrucción de labores de tabaco abandonadas y aprehendidas o decomisadas y maquinaria y material auxiliar intervenido en procedimientos de delito o infracción administrativa de contrabando. Expediente 201900000019”*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por resolución de 11 de abril de 2019 de la Presidente del Comisionado para el Mercado de Tabacos se acordó el inicio del expediente y la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato para la prestación del servicio de recepción, almacenamiento, conservación, traslado, transporte y destrucción de labores de tabaco abandonadas y aprehendidas o decomisadas y maquinaria y material auxiliar intervenido en procedimientos de delito o infracción administrativa de contrabando.

El valor estimado es de 4.650.979,42€

Segundo. La licitación se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 15 de abril de 2019. En el DOUE, el 17 de abril y en el BOE, el 23 de abril.

Tercero. Tras la tramitación del procedimiento, se dictó el 21 de mayo de 2019, resolución de adjudicación en favor de MEDIAPOST SPAIN, S.L. (en adelante, MEDIAPOST). Disconfome



con la resolución de adjudicación, COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.U. (en adelante, LOGISTA) formula recurso especial en materia de contratación. El órgano de contratación ha presentado informe solicitando la desestimación del recurso. MEDIAPOST ha formulado escrito de alegaciones en el mismo sentido.

Cuarto. El 25 de junio de 2019, este Tribunal, resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, al considerar que, de los motivos que fundamentan el recurso, se pone de manifiesto que los perjuicios que podrían derivarse del levantamiento de la suspensión son de difícil o imposible reparación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 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.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 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.

Tercero. El recurrente está legitimado, pues se trata de una empresa cuya oferta quedó clasificada en segundo lugar y, de estimarse el recurso, se derivaría de dicha estimación una ventaja directa para su esfera jurídica.

Cuarto. LOGISTA alega que la oferta de la adjudicataria no cumple con los requerimientos de los pliegos en determinados siguientes aspectos. En primer lugar, la cláusula III del pliego de prescripciones técnicas establece que el contratista deberá disponer de cuatro almacenes regionales, un almacén provincial en todas las provincias de la Península, salvo Soria, Ávila, Cantabria, Asturias, Lugo, Teruel, Zamora, Burgos y Guadalajara, un almacén en Ceuta y otro en Melilla y un almacén en cada una de las islas que conforman los archipiélagos de las Islas Baleares y Canarias.



De acuerdo con la documentación que presentó la adjudicataria, tras el requerimiento establecido en el artículo 150.2 de la LCSP, no cumple con la exigencia de disponer de un almacén en cada una de las provincias de las Península, pues para las provincias de Palencia y Segovia sólo se hace referencia a una plataforma colaboradora con posibilidad de subcontratar el almacenaje, no estando ninguna de las dos provincias entre las dispensadas. La misma situación se produce en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

Y tampoco cumple con la exigencia de disponer de un almacén en cada una de las islas del archipiélago canario, pues no dispone del mismo ni en Lanzarote ni en Fuerteventura.

Alega que una plataforma de “colaboración” no puede entenderse como equivalente a un poder de disposición. Tanto cláusula 19.5 del pliego de cláusulas administrativas particulares como el artículo 150.2 de la LCSP requieren que el licitador tenga la efectiva disposición de los medios indicados en su oferta, es decir, que pueda utilizarlos y tenerlos como propios y ejercitar facultades de dominio, enajenarlos o gravarlos, y no limitarse a la posesión y disfrute. Por el contrario, del uso de plataformas colaboradoras sólo se indica que MEDIAPOST tiene una posibilidad, no un derecho reconocido y garantizado contractualmente.

Por otra parte, el pliego también exige que todos los almacenes deben estar dotados de personal, medios y medidas de seguridad suficientes para garantizar el correcto almacenamiento del tabaco. Sin embargo, la adjudicataria sólo ha acreditado los medios y medidas de seguridad de que dispone en su almacén ubicado en Valdemoro (Madrid). No incluye ni la más mínima referencia al resto de los 57 almacenes de los que dice disponer. La recurrente considera que, siendo almacenes ajenos, la adjudicataria no está en condiciones de poder identificar cuáles son los medios con los que cuentan dichas instalaciones.

Por lo que se refiere a la exigencia de disponer de un camión para cada provincia, MEDIAPOST sólo dispone de un camión en la provincia de León. En todas las demás, sólo dispone de furgones de 3.500 kg. u otro tipo de vehículos con menor capacidad de carga, pero en ningún caso de camiones. Más allá del tipo de vehículo, los furgones de 3.500 kg que ofrece la adjudicataria, no cumplen con los requerimientos del pliego respecto de su capacidad, establecida en 300 cajas de medidas estándar (57 cm. de alto, 45 de largo y 24,5 de ancho). La capacidad de carga de este tipo de furgonetas llega 1.375 kg, equivalente a 114 cajas de tabaco, en vez de las 300 cajas establecidas en el pliego.



El pliego exigía también la puesta en marcha de un programa informático, respecto del que la documentación presentada por la adjudicataria nada dice. Es cierto que el pliego no exige que se cuente desde el inicio con el mismo, pues ha de desarrollarse la aplicación una vez adjudicado el contrato, pero debió señalar los medios y experiencia de los que dispone para ello, con el fin de que la mesa de contratación pudiera evaluar el cumplimiento de los requerimientos del pliego.

Por último, alega que, en la documentación presentada por la adjudicataria, se vulnera el límite máximo de contratación fijado en el apartado 21.1 del cuadro de características por remisión a la cláusula 33 del pliego de cláusulas administrativas particulares, que es del 50%. Así, de los 58 almacenes ofrecidos, sólo 10 son instalaciones propias de MEDIAPOST, el resto son 44 de agente colaborador y 4 de plataformas colaboradoras con posibilidad de subcontratar el almacenaje. Es decir, va a subcontratar el 82,7% de las instalaciones. Asimismo, va a subcontratar los servicios de transporte de gran tonelaje, la destrucción de las labores decomisadas y la gestión de los residuos. A todo ello, además se une que no aportó el DEUC de ninguna de estas subcontratistas, lo que era obligado de acuerdo con lo establecido en el apartado 8.B) del cuadro de características.

Considera que todos estos incumplimientos vulneran lo establecido en el artículo 139 de la LCSP y cita en apoyo de su tesis diversas resoluciones de este Tribunal. Adicionalmente, considera que la mesa de contratación no solicitó la emisión del preceptivo informe a los servicios técnicos sobre la documentación presentada por la adjudicataria.

Quinto. El órgano de contratación manifiesta en su informe que del tenor literal de los pliegos no se desprende que los almacenes, tanto provinciales como territoriales, tengan que estar en propiedad del adjudicatario. Las exigencias técnicas se limitan a indicar la localización geográfica de estos almacenes y las necesarias condiciones de conservación y horario de entrega y recepción de las mercancías, siendo indiferente el título jurídico que ostente el adjudicatario sobre la instalación. La documentación aportada por MEDIAPOST acredita que disponen al menos de un almacén en todas las provincias requeridas, así como en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Por lo que se refiere a las islas de Lanzarote y Fuerteventura, en la declaración de adscripción de medios indica que “hemos recogido en el informe la situación actual que obedece a las necesidades actuales de distribución y que cubre



prácticamente toda la geografía española, con delegaciones propias o desde agentes habituales, pudiendo ampliar las instalaciones mediante la subcontratación adicional de almacenes de determinados partners si fuera necesario para el correcto desarrollo de nuestro servicio". Con esa declaración se considera que queda garantizada la disposición de almacén en ambas islas, en caso de que se reciban o agrupen labores de tabaco o maquinaria y material auxiliar en el territorio de las mismas.

En cuanto a la adscripción de personal, medios y seguridad, dice el informe que en la declaración de adscripción de medios se realiza una amplia descripción de los medios y sistemas con los que está dotado el centro logístico en la provincia de Madrid. Sobre el resto de instalaciones, aporta una relación con expresa indicación de territorio, propiedad de la instalación, superficie, espacio de almacenaje, muelles de carga y de descarga, maquinaria y vehículos disponibles. Se ha considerado suficiente esta información, pues los requisitos, excepto el horario de apertura, no están determinados en relación con estándares concretos, limitándose a exigir que el personal, los medios y las medidas de seguridad sean suficientes.

Añade que la valoración técnica se ha producido respecto de aquellos almacenes y medios que están expresamente determinados, mientras que habrá de estarse a la ejecución del contrato para determinar si los medios empleados por el adjudicatario son suficientes para garantizar estos extremos. Además, la prestación de los servicios depende de la actuación de las autoridades judiciales y administrativas, por lo que tampoco parece razonable exigir en todos los momentos del contrato los mismos estándares en cuanto a personal, medios y medidas de seguridad de los almacenes. Así, los mismos pueden exigir menos personal o medidas de seguridad cuando no se esté prestando el servicio, por no haberse producido ninguna incautación en su zona.

Por lo que se refiere a los medios de transporte exigidos, vuelve a citar la declaración de adscripción de medios de la adjudicataria en la que dice disponer de una amplia flota de vehículos en un breve plazo de tiempo en relación con cualquier necesidad que pueda surgir. Indica que subcontratará este servicio con empresas de máxima confianza indicando que una de ellas, SEUR, forma parte del mismo grupo de empresas. El órgano de contratación afirma que la comprobación del cumplimiento de lo establecido en el pliego se realiza con base en lo declarado por la empresa, sin que, más allá de verificar que no se sobrepase el límite de



subcontratación, deba entrar a si los medios son propiedad de la empresa o de otras con las que pretenda subcontratar.

En lo que se refiere al desarrollo del programa informático, indica que el único criterio de adjudicación es el precio, por lo que no puede alegarse una vulneración del pliego de prescripciones técnicas, por no haber aportado el adjudicatario una documentación que no se exige respecto de una obligación que los pliegos sitúan en la fase de ejecución del contrato. En todo caso, en la documentación aportada se hace referencia en las páginas 43 y siguientes a los procesos informáticos que habitualmente utiliza la empresa en su actividad.

Respecto de la falta de solicitud de informe por parte de la mesa de contratación a los servicios técnicos, indican que no es de aplicación al apartado 2 del artículo 150, sino al 1.

Por último, en relación con los límites de la subcontratación, señala que la recurrente realiza la alegación en base a meras estimaciones, pues por la propia naturaleza del contrato, no es posible conocer a priori los servicios concretos de recepción, manipulación, conservación, traslado, transporte y destrucción que se van a prestar. Por ejemplo, la subcontratación de transporte de gran tonelaje podrá producirse o no dependiendo de los abandonos, aprehensiones o decomisos realizados por las autoridades administrativas y judiciales. Igualmente, la necesidad de subcontratar determinados almacenes dependerá de si existen aprehensiones o decomisos en la provincia de referencia. De hecho, esta circunstancia ha sido tenido en cuenta al elaborar el pliego de prescripciones técnicas al excepcionar de la obligación de disponer de un almacén en determinadas provincias.

En el ejercicio 2018, hubo un total de 23.419.915 kg de labores aprehendidas; de ese total, 18.002. 202 kg correspondieron a comisos realizados en las provincias de Madrid, Barcelona, Sevilla y Cádiz. El adjudicatario declara que posee 10 instalaciones o plataformas propias situadas en provincias que, en datos de 2018, supusieron un 80% del total de los comisos, por lo que no se superaría el límite del 50%.

Sexto. Por su parte MEDIAPOST comienza indicando que es una gran empresa española con medios y capacidad sobrada para el cumplimiento del contrato, superando su cifra de negocios en 2018, los 53 millones de euros. Tiene contratos con diferentes administraciones y entidades del sector público, incluido el Comisionado para el Mercado de Tabaco. El contrato



que ahora se le ha adjudicado, anteriormente estaba dividido en dos, uno referido exclusivamente al tabaco (cuyo adjudicatario fue LOGISTA) y otro referido a la maquinaria y material auxiliar (cuyo adjudicatario fue MEDIAPOST). En este último contrato, la empresa viene cumpliendo fiel y puntualmente sus obligaciones. MEDIAPOST tiene experiencia sobre el transporte, almacenamiento y custodia de tabaco porque opera y está inscrita en el Registro de Operadores como importador y distribuidor de tabaco. Respecto del recurso presentado alega que LOGISTA ha venido poseyendo “monopolísticamente” los contratos públicos para la recepción, almacenaje, manipulación, conservación, traslado, transporte y destrucción de labores de tabaco y con el recurso intenta mantener su “exclusiva”. Actúa de mala fe, pues basa su recurso en la documentación que MEDIAPOST entregó al Comisionado, pero seleccionándola a su antojo.

Sobre la subcontratación, dice que MEDIAPOST tiene previsto, al menos inicialmente, apoyarse en subcontrataciones para el cumplimiento del Contrato, pero siempre dentro de los límites establecidos. Tomando como base la oferta económica realizada de 2.965.697 euros, la subcontratación podría estar en torno a los porcentajes que detalla en un cuadro en su escrito y que, en el total, alcanzaría el 41,58%. Añade que, en cualquier caso, el control sobre el cumplimiento de las normas relativas a subcontratación debe hacerse durante la fase de ejecución del contrato, aplicándose bien penalizaciones, bien la facultad de resolución por incumplimiento. El recurso se base en un eventual e imaginario futuro incumplimiento de los límites de la subcontratación, sin soporte probatorio alguno.

Por lo que se refiere al cumplimiento de la adscripción de medios, cita resoluciones de este Tribunal para alegar que la exclusión de un licitador sólo puede acordarse cuando se trate de incumplimientos claros y flagrantes y que el cumplimiento de los requisitos técnicos previstos en el pliego de prescripciones técnicas, no puede ser, en principio, causa de exclusión del licitador, sino que el mismo, debe ser verificado en la fase de ejecución del contrato, no pudiéndose presuponer ab initio que dicho incumplimiento se va a producir.

En cuanto a las alegaciones concretas del recurso, dice que el sintagma “disponer de algo” en el sentido utilizado por el artículo 150.2 de la LCSP, no supone el término técnico-jurídico que lo contrapone a administrar, sino en el sentido de poder de utilizar algo como si fuera propio, cualquiera que sea el título que otorga esa facultad.



MEDIAPOST dispone de almacenes en las provincias de Palencia y Segovia, así como en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla mediante el acuerdo alcanzado con CBL Logística, aportándose con el escrito de alegaciones confirmación de dicha empresa. Por otra parte, dicha empresa cuenta con las pertinentes homologaciones que fueron aportadas con la documentación requerida para la adjudicación en el documento 19.10.

En relación con Lanzarote y Fuerteventura, tiene asegurada la disposición de almacenes en todas las islas del archipiélago mediante acuerdo alcanzado con SEUR Canarias, aportándose escrito de confirmación de esta empresa, habiéndose aportado ya, con el mismo documento citado en el párrafo anterior, las pertinentes homologaciones.

En cuanto a los medios de transporte, dice que el volumen de 300 cajas es 18,85275 m³ y el peso de 3.600 kg. MEDIAPOST en el Anexo 5 declaró responsablemente contar con la subcontratación de los servicios de transporte con colaboradores recurrentes en virtud de la cual podía destinar al contrato, para todas las provincias, furgones de 3.500 kg, camiones con espacio para 300 cajas de medida estándar y camiones tráiler con capacidad de 24 toneladas de cajas de medida estándar. Se dispone, por tanto, de capacidad de transporte mediante camiones que supera en más de 6 veces el volumen mínimo y en 4 veces el volumen máximo requerido. En el documento 19.5 se aportó un listado de los medios de transporte con los que cuenta SEUR, empresa con la que tiene un contrato. En ese listado, destaca la existencia de 129 camiones de dos ejes, 378 furgones carrozados y 2603 furgonetas de PMA de 3.500 kg.

Por lo que se refiere al programa informático, en el documento 3_19.4 puede comprobarse que MEDIAPOST cuenta sobradamente con los medios suficientes y la experiencia acreditada para organizar informáticamente las gestiones de las labores del tabaco y la maquinaria depositada, así como para desarrollar una aplicación informática de acuerdo a las especificaciones del Comisionado para el Mercado de Tabacos. En todo caso, la alegación de LOGISTA, en este punto es una suerte de premonición de que MEDIAPOST no será en el futuro, capaz de llevar a cabo esta tarea.

Séptimo. Aunque la alegación relativa a la subcontratación se formula en segundo lugar, es necesario analizarla con carácter prioritario, dado que, en caso, de que efectivamente, se hubieran sobrepasado los límites establecidos en el pliego, la oferta de MEDIAPOST debería ser excluida y anulada la resolución de adjudicación.



La regulación del cuadro de características regula la cuestión en el punto 21.1:

SUBCONTRATACIÓN: Sí, se admite. Hasta un límite del CINCUENTA POR CIENTO (50%). El contratista deberá comunicar por escrito al órgano de contratación, tras la adjudicación del contrato y antes de que se inicie su ejecución, la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de este para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditando que el mismo no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 71 de la LCSP. El contratista principal deberá notificar por escrito al órgano de contratación cualquier modificación que sufra esta información durante la ejecución del contrato principal, y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas.

La Administración comprobará el cumplimiento del régimen de pagos del contratista a los subcontratistas cuando el importe de la subcontratación sea igual o superior al 30 por ciento del precio del contrato.

Como se ha dicho antes, el recurrente considera que se han sobrepasado los límites de la subcontratación, pues afecta el 82,7% de las instalaciones. Asimismo, va a subcontratar los servicios de transporte de gran tonelaje, la destrucción de las labores decomisadas y la gestión de los residuos. Por el contrario, tanto el órgano de contratación como el adjudicatario entienden que el cálculo no puede realizarse así. El órgano de contratación considera que la subcontratación de transporte de gran tonelaje puede producirse o no. Respecto del almacenaje, en el ejercicio 2018, el 80% del total de aprehensiones, se produjo en lugares donde el adjudicatario tiene almacenes propios. Por su parte, MEDIAPOST, tiene en cuenta su oferta económica y desglosa la previsión de subcontratación en apartados (almacenaje, destrucción, gastos indirectos y depósito central y transporte y manipulación), llegando a la conclusión de que el porcentaje total de subcontratación, será de 41,58%.

El pliego es sumamente escueto en la regulación de la subcontratación, al limitarse a fijar un 50%, pero sin indicar si ese porcentaje se aplica sobre la oferta o sobre los medios materiales adscritos. Lo habitual en este tipo de límites es que vayan referenciados al importe de adjudicación de acuerdo con la regulación que se contenía en el artículo 227.1.e) del TRLCSP.



Por tanto, no cabe interpretar que se ha sobrepasado el límite de subcontratación, aplicando el criterio sostenido por la recurrente, y el recurso debe ser desestimado en este punto. Es cierto que tampoco puede determinarse con los datos que se ofrecen por el órgano de contratación, si el porcentaje de subcontratación es superior o no al 50% del precio de adjudicación. No obstante, no resulta proporcionado proceder a la exclusión de una oferta, cuando no es palmario el incumplimiento del pliego.

Ahora bien, aunque no es objeto de este recurso, tampoco es correcta la interpretación que sostiene que el límite de la subcontratación es una cuestión que habrá que verificarse sólo durante la ejecución del contrato. Es claro que, durante ese período, el límite seguirá operando y cualquier incumplimiento del mismo, dará lugar a las consecuencias jurídicas pertinentes. Pero no es menos cierto que el cuadro de características establece que el contratista deberá comunicar por escrito al órgano de contratación, *tras la adjudicación del contrato y antes de que se inicie su ejecución*, la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de este para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditando que el mismo no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 71 de la LCSP. Se trata de una obligación que ha de cumplirse con carácter previo a la ejecución del contrato. Puede ser que no sea fácil el cálculo de las subcontrataciones en la utilización de los almacenes y medios de transporte porque esta depende de las actuaciones que realicen las autoridades judiciales y administrativas. Pero ello sólo supone que debió redactarse el pliego de otra forma, no que sus previsiones puedan ignorarse.

Octavo. Por lo que se refiere a la alegación relativa a la adscripción de medios, el punto 7 del cuadro de características que rige la licitación establece

7.1.- APORTACIÓN DE COMPROMISO DE ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS OBLIGATORIA A LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO:

Los licitadores, además de acreditar su solvencia, deberán dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y/o materiales siguientes:

□ Los contenidos en la cláusula 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas.

Estos compromisos se integrarán en el contrato. Su incumplimiento podrá ser causa de resolución del contrato.

Se presentará el Anexo 5 de este Cuadro de Características debidamente cumplimentado en los que se especificará los medios propios o subcontratados que adscribirá al contrato con las especificaciones previstas en él.

En la cláusula 3 del pliego de prescripciones técnicas se establece que el adjudicatario ha de contar con cuatro almacenes regionales, un almacén de ámbito provincial en todas las provincias, excepto en Soria, Ávila, Cantabria, Asturias, Lugo Teruel, Zamora, Burgos, Guadalajara. En las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla tendrá un almacén en cada una. En los archipiélagos Canario y Balear tendrá un almacén en cada una de las islas que forman los archipiélagos. Especifica el pliego que los almacenes han de ser propios o subcontratados. Por tanto, no es necesario que el adjudicatario sea propietario de esos inmuebles, sino que pueda utilizarlos en la ejecución del contrato.

El artículo 75.1 de la LCSP establece que, *para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que 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. Añadiendo el punto 2 que cuando una empresa desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios mediante la presentación a tal efecto del compromiso por escrito de dichas entidades.*

El compromiso a que se refiere el párrafo anterior se presentará por el licitador que hubiera presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, previo requerimiento cumplimentado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 150, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 140.

Con carácter general, a la hora de acreditar la solvencia, el licitador pueda integrar la misma con medios externos de otras entidades, ello con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios. En este sentido, si bien la acreditación de la solvencia con medios externos no tendrá necesariamente que implicar subcontratación en la ejecución del contrato, qué duda cabe que también puede dar lugar a que se subcontrate parte del objeto del mismo.

Dicho esto, la empresa que ha presentado la mejor oferta, ha de acreditar que dispone de los medios que ha adscribir a la ejecución y que ha recogido en la declaración responsable presentada con la documentación administrativa. En este sentido, en la documentación aportada tras el requerimiento del artículo 150.2, MEDIAPOST no aportó justificación de la titularidad de los almacenes que adscribe como propios, ni los que forman parte de una plataforma propia, ni contrato alguno con los agentes colaboradores titulares de los almacenes en diversas provincias, ni con CBL titular de los almacenes de Palencia, Segovia, Ceuta y Melilla. Ni siquiera se mencionan los situados en las islas de Fuerteventura y Lanzarote, hecho que reconoce el órgano de contratación en su informe.

Con el escrito de alegaciones, se han presentado sendas confirmaciones de CBL y SEUR en las que se afirma la disponibilidad de ambas empresas a participar como proveedores de MEDIAPOST en relación a los servicios de almacenaje y elementos de transporte en el marco del contrato para la prestación del servicio de recepción, almacenamiento, conservación, traslado, transporte y destrucción de labores de tabaco abandonadas y aprehendidas o decomisadas y maquinaria y material auxiliar intervenido en procedimientos de delito o infracción administrativa de contrabando. Añadiendo que dentro de esta colaboración se incluyen los servicios de almacenaje en las plazas a las que acabamos de referirnos.

En cuanto a la posibilidad de aportar la documentación en la vía de este recurso, hemos señalado en la resolución 512/2018 que es doctrina reiterada de este Tribunal la que impide que podamos pronunciarnos sobre documentos que no han sido presentados ante la Mesa de contratación por vedarlo el carácter revisor de nuestras atribuciones (cfr.: Resoluciones 196/2011, 369/2013, 581/2013, 645/2013, 282/2014, 107/2015, entre otras). A fin de

cuentas, el artículo 83.6 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; en adelante, RGLCAP) prohíbe a la Mesa hacerse cargo de cualesquiera documentos no entregados en el plazo de presentación de proposiciones o en el de subsanación, precepto que, “a fortiori”, debe también impedir al Tribunal aceptar cualesquiera justificantes que tuvieron que presentarse ante la Mesa (cfr.: Resolución 728/2015).

Dejando de lado que, de acuerdo con doctrina reiterada de este Tribunal, no es el momento oportuno para la presentación de documentación relativa a la licitación, el procedimiento del recurso especial en materia contractual, tampoco tendría ésta virtualidad respecto de las islas de Fuerteventura y Lanzarote, puesto que no se describen mínimamente, ni siquiera en su superficie, los almacenes de que dispone SEUR.

En segundo lugar, en relación con el requisito de que todos los almacenes deben estar dotados de personal, medios y medidas de seguridad suficientes para garantizar el correcto almacenamiento del tabaco, es cierto que el pliego de prescripciones técnicas no determina exactamente qué medios concretos se exigen, pero, aunque se limite a decir que han de ser suficientes, debe contenerse una referencia a los mismos en la documentación, salvo que se interprete que es una cláusula vacía de contenido. El licitador cumple con el requerimiento en lo que se refiere al almacén propio en Valdemoro. En cuanto a las plataformas propias y de agente colaborador detalla los medios materiales de los que está dotado, pero no así, en relación con el personal y las medidas de seguridad y, en cuanto a los CBL, no indica nada. Tampoco, puesto que no se mencionan en la documentación, respecto de los de Lanzarote y Fuerteventura.

Por lo que se refiere a los servicios de transporte, la adjudicataria presentó una documentación en la que indica contar con una flota de vehículos para realizar portes de bajo tonelaje y que, para el resto, puede subcontratar con diversos proveedores que cita con datos detallados, aportando, además, diversos certificados acreditativos de la solvencia de dichos proveedores. Sin embargo, se echa de menos el documento que acredite que, efectivamente, dichas empresas, se comprometen a realizar el servicio requerido en caso de que MEDIAPOST resulte adjudicatario. Como se ha indicado antes, esta empresa, a su escrito de alegaciones al recurso, acompañó compromiso, tanto de CBL como de SEUR, comprometiéndose a



participar como proveedores en este contrato en servicios de elementos de transporte. Pero, como ya se indicó, no es éste el momento oportuno. Además, no existe el compromiso de todas las empresas que se indican en el documento inicialmente presentado y de las que sí existe el compromiso, el mismo se refiere, exclusivamente a determinadas provincias y Ciudades Autónomas.

Por último, en relación con la aplicación informática, si bien aparece dentro del apartado III del pliego de prescripciones técnicas, no es un medio que pueda ser calificado como de solvencia técnica, pues la propia redacción de la cláusula indica que el contratista “desarrollará una aplicación informática de conformidad con las especificaciones del Comisionado para el Mercado de Tabacos que contemplará...”, es decir, se trata de acciones descritas en tiempo futuro y, por tanto, realizadas en el período de ejecución del contrato, por lo que no es exigible, presentar documentación acreditativa con carácter previo a la adjudicación.

Noveno. Una vez determinado que no se ha presentado correctamente la documentación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, es preciso concretar qué efecto tiene. Como es sabido, este Tribunal mantuvo, durante un tiempo que, la no aportación o aportación incorrecta de dicha documentación en el plazo de los diez días concedidos, era un defecto insubsanable. No obstante, este criterio ha sido corregido en diversas resoluciones recientes, como por ejemplo en la nº 507/2019 que recoge lo señalado en la nº 604/2018,

que determina lo siguiente: “Sexto. Antes de entrar a examinar las cuestiones planteadas en este recurso, consideramos que hemos de proceder a interpretar y concretar el significado del artículo 151.2 del TRLCSP, y, además, poniéndolo en relación con el precepto correlativo de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), que lo es su artículo 150.2, cuyo contenido es más amplio que aquél. Esa tarea es imprescindible a la vista de que se viene aplicando una interpretación literal, muy rigorista, extrema y muy amplia de su contenido, que debe ser de interpretación restrictiva a la vista de su carácter sancionador, que está llevando a resultados sumamente extensivos, formalistas e injustos. Esos criterios extremos se han aplicado incluso por este Tribunal, y por los Tribunales de Justicia, como, por ejemplo, sobre si se admite o no la subsanación de defectos o errores u omisiones cometidos en la cumplimentación del requerimiento, que se niega por el simple hecho de que el precepto no



dice nada al respecto, que ni lo prevé, ni lo prohíbe. Además, este Tribunal viene ya aplicando un criterio menos formalista y extensivo del contenido de dicho precepto, como ha hecho en sus Resoluciones número 439/2018, de fecha 27 de abril de 2018, del Recurso nº 234/2018, y en la Resolución nº 582, de fecha 12 de junio de 2018, del Recurso nº 413/2018, a las que luego aludiremos, y en el mismo sentido, muchos órganos de contratación prevén en el PCAP la posibilidad de subsanar la omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación de dicho requerimiento, como ocurre en el caso objeto de este recurso especial, que, además, plantea cuestiones adicionales. 2. La segunda cuestión es la posibilidad o no de subsanar las omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación del requerimiento efectivamente realizada en el plazo concedido, pero de forma defectuosa. La posibilidad indicada no puede ser negada, especialmente si el propio interesado pone de manifiesto su voluntad de subsanar los defectos u omisiones apreciados, bien directamente porque los detecte él, bien porque se le pongan de manifiesto. Esa posibilidad debe admitirse por las siguientes dos razones: la primera es de estricta lógica, ya que si frecuentemente los órganos de contratación exigen aportar en el sobre de la documentación administrativa una declaración responsable de que cumplen los requisitos previos o el DEUC, y que el propuesto como adjudicatario acredite antes de la adjudicación que cumple esos requisitos (artículo 146 del TRLCSP) es razonable pensar que su calificación se hará en ese momento, y si sus defectos y omisiones son subsanables si esa documentación se presenta antes, también habrá de serlo si se aprecian cuando se le requiere la documentación relativa a esos requisitos previos para adjudicarle el contrato, con la única particularidad de que ese plazo será el especial de la legislación de contratación pública, de tres días hábiles. Y la segunda razón consiste en que el artículo 151 no dice nada al respecto, pues ni autoriza expresamente ni prohíbe la subsanación. Por tanto, a partir de la interpretación del artículo 151.2 del TRLCSP que hemos expuesto en el apartado 1 anterior, entendemos que es aplicable la Disposición Final Tercera.1, del TRLCSP, que somete supletoriamente los procedimientos regulados en dicha Ley a lo previsto en la Ley 39/2015. En nuestro caso, sería aplicable supletoriamente el artículo 73 de dicha Ley que determina: 2. En cualquier momento del procedimiento, cuando la Administración considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo. (La negrita es nuestra) [...] Como puede apreciarse, es coincidente el plazo inicial de 10 días para cumplimentar el trámite en el TRLCSP y en la LPAC. Lo que ocurre es que el apartado 2 del artículo 73 de la LPAC sí establece un trámite general de subsanación, trámite que, a falta de



prohibición expresa en el TRLCSP, es aplicable en el caso de cumplimentación defectuosa o con omisiones, del requerimiento hecho al interesado. La única especialidad admisible, a falta de prohibición, es la del número de días para subsanar los defectos que, en el ámbito de la contratación pública, por el principio de celeridad en la tramitación y por analogía, sería el de tres días hábiles del artículo 81 del RGLCSP.

Por tanto, debe anularse la resolución de adjudicación retrotrayéndose el procedimiento al momento inmediatamente anterior a la adjudicación del contrato, con el fin de que se le conceda el oportuno trámite de subsanación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. F. P. P., en nombre y representación de COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.U., contra la resolución de 21 de mayo de 2019 de la Presidente del Comisionado para el Mercado de Tabacos, de adjudicación del contrato para la prestación del “servicio de recepción, almacenamiento, conservación, traslado, transporte y destrucción de labores de tabaco abandonadas y aprehendidas o decomisadas y maquinaria y material auxiliar intervenido en procedimientos de delito o infracción administrativa de contrabando. Expediente 201900000019”, ordenando la retroacción del procedimiento de contratación al momento anterior a la adjudicación, para que otorgue trámite de subsanación respecto de los extremos indicados en el fundamento de derecho octavo de esta resolución.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 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 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.