



Recurso nº 1211/2018 C.A. Castilla-La Mancha 82/2018

Resolución nº 167/2019

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

En Madrid, a 22 de febrero de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. P.D.V.A., en representación de GRUPO CONSIDERA, S.L contra Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Valdepeñas número 2018D03723, de fecha de 1 de octubre de 2018, en el expediente tramitado para la contratación del “Servicio de Asistencia Técnica para la gestión, seguimiento, evaluación y justificación de la Estrategia de Desarrollo Urbano Sostenible Integrado de Valdepeñas” (EDUSI Valdepeñas ON), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante Providencia de fecha 12/07/2018, se ordena el inicio de expediente administrativo para llevar a cabo la contratación por el Ayuntamiento de Valdepeñas del servicio de asistencia técnica para la gestión, seguimiento, evaluación y justificación de la Estrategia de Desarrollo Urbano Sostenible Integrado de Valdepeñas (EDUSI Valdepeñas ON).

El procedimiento se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (la “LCSP”) y su normativa de desarrollo.

Segundo. Finalizado el plazo de presentación de ofertas el día 18/09/2018, a la licitación se presentan, entre otros, el recurrente.

El recurrente en su DEUC manifiesta no recurrir a la solvencia de entidades externas, e incluye en el sobre 1 declaración de no formar parte de ningún grupo empresarial.

Tercero. Tras la tramitación del procedimiento, mediante Decreto de Alcaldía nº 2018D03723, de fecha 1 de octubre de 2018, se notifica a los licitadores la puntuación obtenida por cada una de las ofertas y, en cumplimiento del artículo 150.2 de la LCSP, se requiere al licitador que ha presentado la oferta más ventajosa, esto es el recurrente GRUPO CONSIDERA, S.L., para que, previamente a la adjudicación, presente la documentación establecida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares al efecto.

El licitador aporta documentación de la que se desprende que integra su solvencia técnica con los medios de otra entidad, QUINCEGRADOS EN 1972 LABORATORIO DE ESTRATEGIAS, S.L., de cuyas participaciones es propietaria al 100%.

Cuarto. A la vista de la referida documentación, se dicta el acto recurrido, por el que se acuerda la exclusión de dicho licitador por incumplimiento de los requisitos de solvencia técnica exigidos en los Pliegos, procediéndose en cumplimiento del artículo 150.2 de la LCSP, a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que quedaron clasificadas las ofertas, esto es, a D'ALEPH INICIATIVAS Y ORGANIZACIÓN, S.A.

Quinto. Contra esta resolución se alza el licitador mediante el presente recurso, solicitando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, que fue concedida por la Secretaria de este Tribunal mediante su resolución de fecha 30/11/2018.

Sexto. Ha presentado informe el órgano de contratación y asimismo ha presentado alegaciones la entidad licitadora requerida para el trámite del artículo 150.2 de la LCSP en la resolución recurrida, esto es D'ALEPH INICIATIVAS Y ORGANIZACIÓN, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 y 46.4 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público y en el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, sobre atribución de competencia de recursos contractuales de 15 de octubre de 2012.

Segundo. El contrato al que se refiere el acto impugnado es un contrato de servicios que, si bien no es sujeto a regulación armonizada, supera el umbral cuantitativo previsto en el artículo 44.1.a) de la LCSP. El acto es recurrible al suponer la exclusión de un licitador, de acuerdo con el artículo 44.2.b) de la LCSP.

Tercero. El recurrente está legitimado a tenor del artículo 48 de la LCSP, al ser uno de los licitadores participantes en el procedimiento, que podría eventualmente resultar adjudicatario en caso de estimación.

Cuarto. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50 de la LCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Quinto. En cuanto al fondo del recurso, debe partirse de que el acto recurrido acuerda la exclusión del recurrente, en esencia, porque éste declaró en el DEUC que no acudía a la solvencia de ninguna entidad externa y luego en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP presentó para acreditar su solvencia los medios de otra sociedad que le pertenecía al 100%, lo que fue considerado como contradictorio con dicho DEUC y por ello inadmisible. Por tanto, al no acreditar el cumplimiento de los requisitos de solvencia con sus propios medios (sino en todo caso con los de la otra mercantil, que no se admitieron), se acordó su exclusión.

El recurrente, por el contrario, considera que la otra mercantil no es un medio externo puesto que es dueño del 100% de su capital, razón por la cual no declaró que acudía a medios externos en el DEUC; y en todo caso, señala que de no considerarse así, ello sería un error subsanable, por lo que debió concedérsele trámite de subsanación

Pues bien, asiste la razón al recurrente. En efecto, si bien la otra mercantil con la que completa su solvencia es efectivamente una persona jurídica distinta, no cabe desconocer que el hecho de que la recurrente sea titular del 100% de su capital determina la existencia de un control total sobre la misma y, en consecuencia, una única voluntad social. Esto constituye fundamento para la tesis de que los medios de la filial no son realmente medios

externos a la licitadora, sino verdaderamente *propios* de la misma; o al menos para considerar acreditada la disponibilidad de dichos medios.

Puede encontrarse un paralelismo en la regulación de los medios propios personificados en la LCSP, cuyo artículo 32.2.a) exige, como requisito para considerar a una entidad medio *propio* de un poder adjudicador, que este último ejerza sobre aquélla un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios: es este control lo que (junto a otros requisitos) determina que una entidad sea considerada *medio propio* de otra.

Asimismo, cabe referirse a la regulación de la clasificación. Si bien el artículo 75 de la LCSP, al regular la solvencia, no tiene en cuenta específicamente la situación de los grupos empresariales, sí lo hace el artículo 79, relativo a la clasificación, que establece un régimen específico para las entidades pertenecientes a grupos, el cual permite a efectos de apreciar la solvencia de una de ellas, tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, siempre que se acredite que tendrá efectivamente a su disposición los medios de aquéllas para la ejecución de los contratos durante los plazos de vigencia de dicha clasificación que determina el artículo 82.2 de la LCSP, lo que es evidente e innegable en el caso de que la licitadora sea la dominante.

Por todo ello, debe considerarse que los medios de la filial participada al 100% no son verdaderamente externos de la entidad licitadora sino propios de la misma. Desde esta perspectiva, no habría error en el DEUC y la recurrente no lo estaría modificando en el trámite del art. 150.2 LCSP. Pero aun en el caso de considerarse que hay error, con los antecedentes expuestos, es claro que sería un error excusable y por ello subsanable.

A lo cual hay que añadir que, en todo caso, ante cualquier duda a este respecto lo procedente era otorgar trámite de subsanación, como pretende el recurrente. En efecto, es pacífico que se puede subsanar tanto el DEUC (art. 81.2 RGLCAP, 27.1 del RD 817/2009, de Desarrollo Parcial de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, o la Recomendación de la JCCA de 26 de noviembre de 2013 citada por el recurrente), como el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, de acuerdo con varias resoluciones de este Tribunal como las 439/2018, 582/2018 o 747/2018, alegadas por el recurrente. Por tanto, si el órgano de contratación consideraba que no se acreditaba suficientemente la solvencia, debió

conceder dicho trámite, sin que a ello quepa oponer el principio de inmodificabilidad de la oferta porque, en sentido estricto, el DEUC no es propiamente parte de la oferta, sino un medio de simplificar la tramitación, aunque sí forma parte de la proposición ya que sólo tendrá que acreditar la solvencia (y demás requisitos de aptitud) el licitador propuesto como adjudicatario.

Así pues, aun en el caso de que se considerase que efectivamente hubo error en el DEUC, debió concederse trámite de subsanación y permitirse acreditar la solvencia por los medios de la filial.

En este sentido se manifiesta la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5^a) de 10 octubre de 2012 (Roj: SAN 4164/2012):

“En el caso de autos, la empresa recurrente se configura como una sociedad instrumental de la matriz, bajo la existencia de personalidades jurídicas distintas, se desprende de forma indubitable la existencia de unidad de negocio, y una unidad económica para actuar en el mercado.

En su consecuencia, la decisión administrativa sujeta a revisión jurisdiccional, se configura a juicio de este Tribunal como no conforme al ordenamiento jurídico.

Ello es así, por cuanto, que el acreditamiento de la disponibilidad de los medios de ejecución del objeto del contrato y su compromiso para llevarlo a cabo, dimana de la forma jurídica en que están constituidas, por cuanto de las formas jurídicas adoptadas se desprende de manera clara y meridiana en la existencia de una unidad económica de actuación en el mundo empresarial, que implica su actuación en el tráfico jurídico con una unidad de propósito a la cual se proyecta la totalidad de los recursos de toda naturaleza que el grupo empresarial detenta.

Junto a ello, el principio general de la libre concurrencia en materia de contratación impide la realización de interpretaciones, que, bajo la apariencia meramente formal y externa, de las formas societarias adoptadas por el grupo de empresas, se limite la participación en licitaciones públicas a sujetos en que la unidad de gestión o negocio es clara y meridiana y

ha sido puesta en conocimiento del órgano administrativo decisor, y en todo caso, el carácter no formalista de la actuación administrativa exige para no tener en cuenta este hecho notorio, o bien, en su caso, como medio de asegurar la constancia formal de la efectiva disponibilidad de los medios para la ejecución de la tercera sociedad, que la Administración otorgue la posibilidad de subsanación, mediante la solicitud del requerimiento de la expresión formal de dicha garantía.

No es interpretación acorde a derecho, la denegación de la posibilidad de licitar a una sociedad mercantil por falta de solvencia técnica, cuando la Administración tiene constancia de su integración en un grupo empresarial con unidad de gestión y negocio, la tenencia acreditada de dicha solvencia técnica, declarada por el órgano competente, por otra de las sociedades integrantes del grupo empresarial con unidad de negocio, por cuanto independientemente de las formas jurídicas societarias adoptadas por el grupo empresarial, la realidad económica del objeto del contrato conlleva que la finalidad económica perseguida es unitaria y, por tanto, la aportación de los recursos a la obtención material del fin económico perseguido implica la actuación de todos los medios de que dispone dicho grupo empresarial, y por ello, la aportación de la total solvencia técnica que el grupo empresarial ostente.

Y, en todo caso, ante la existencia de una posible duda del órgano de contratación, el principio de libre concurrencia y de buena fe en los contratos exige que antes de pronunciarse sobre la carencia del acreditamiento de dicha solvencia técnica, que la entidad licitadora pueda subsanar la declaración de voluntad no expresa, que dimana de su único fin económico del grupo empresarial, mediante la declaración de voluntad expresa de la sociedad del grupo, detentora de la titulación formal de solvencia técnica, de la aportación de su efectiva disponibilidad de los medios con los que cuenta para el cumplimiento del contrato.

De todo lo anterior se desprende que el recurso ha de ser estimado, disponiéndose la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a la exclusión del recurrente, para que se le otorgue trámite de subsanación y pueda acreditar el cumplimiento de los requisitos de solvencia con los medios de su filial, cuya disponibilidad deberá acreditar.

Sexto. En cuanto a las pretensiones relativas a la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, no procede pronunciarse por cuanto la resolución recurrida no las impone y este Tribunal tiene una función exclusivamente revisora, no pudiendo en ningún caso resolver hipotéticamente o a futuro.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto D. P.D.V.A., en representación de GRUPO CONSIDERA, S.L contra Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Valdepeñas número 2018D03723, de fecha de 1 de octubre de 2018, en el expediente tramitado para la contratación del “*Servicio de Asistencia Técnica para la gestión, seguimiento, evaluación y justificación de la Estrategia de Desarrollo Urbano Sostenible Integrado de Valdepeñas*” (EDUSI Valdepeñas ON), por el que se excluye a GRUPO CONSIDERA, S.L de dicho procedimiento de contratación; anulando el acto recurrido.

Segundo. Retrotraer las actuaciones del procedimiento de contratación al momento inmediatamente anterior a la exclusión del recurrente, para que se le otorgue trámite de subsanación.

Tercero. Levantar, en cumplimiento del artículo 57.3 de la LCSP, la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación adoptada en el seno del presente recurso.

Cuarto. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 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 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo

dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.